Der strafrechtliche Besitz.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Bernhard Wieczorek

Gerichtsreferendar.

Breslau 1931

Druck von Anton Schreiber, Breslau.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Herr Prof. Dr. Nagler.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, von Hugo Meyer begründet, 8. Aufl. 1922.

Achilles-Greiff: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 13. Auflage 1930.

Arch. Ziv. Pr.-: Archiv für zivilistische Praxis.

Becker: Der Besitz beweglicher Sachen, Dogm. J. 34.

Bender: Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? 1908.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1884.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 1914.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1. Bd. 1902, 2. Bd. 1904 u. 1905.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901.

Crusen: Der strafrechtliche Schutz des Rechtsgutes der Pietät. 1890.

Dickel: Der Tatbestand des Diebstahls. Diss. Bonn. 1877.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Dogm.-J. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts.

Eckard: Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl. Diss. Würzburg 1899.

Ehrenhard: Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Verbrechensbegriffe Diebstahl, Unterschlagung und auf die Besitzentziehung (StGB. 289). Diss. Erlangen 1902.

Entwurf = Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB. 1927 (Reichstagsvorlage).

Ertel: Der Automatenmißbrauch und seine Charakterisierung als Delikt nach dem RStGB. Diss. Erlangen 1898.

Ewald, Ernst: Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Diss. Rostock 1900.

Ewald, Hans: Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung voneinander. Diss. Freiburg i. B. 1899.

Frank: Das StGB. für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze 18. Aufl. 1930.

G. = Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht 1922.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1897.

Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887.

Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 2. 1905.

Gleispach, Graf von: Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen 1905.

Goldschmidt: Grundlagen der Besitzlehre 1884.

GS. = Der Gerichtssaal (Zeitschrift).

Harburger: Diebstahl und Unterschlagung in VDB. Bd. 6.

Höpfner: Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. 1910.

Huber: Die Unterschlagung. 1875.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881—87.

Ihering: Der Besitzwille. 1889.

Ihering: Der Besitz in Dogm. J. Bd. 32.

JR. = Juristische Rundschau (Zeitschrift).

JW. = Juristische Wochenschrift.

Kant: Die Metaphysik der Sitten, der Rechtslehre 1. Tl. Das Privatrecht.

Kappler: Zur Lehre vom Besitz. Diss. Freiburg i. B. 1899.

Kniep: Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.
Lobe: Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Kommentar, 4. Auflage 1929).
Lobe: Über den Einfluß des BGB. auf das StR. unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes 1898.
Maschke: Das Eigentum im Zivil- und Strafrecht 1895.
Merkel: Im Handbuch des deutschen Strafrechts herausgegeben von Holtzendorff. 3. Bd. 1874.
Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. Diss. Würzburg 1906.
Nagler: In VDB. Bd. 8.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Olshausen-Gutjahr: Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausg. von Delius, 14. Aufl. 1901.
Prüß: Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl. Diss. Freiburg i. B. 1902.
Das Recht: (Zeitschrift).
Redslob: Der zivilrechtliche Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam ZStW. 30.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts.
RGSt. in Strafsachen.
RGZ. in Zivilsachen.
Roempler: Der Begriff des Gewahrsams in Zivil- und Strafrecht. Diss. Göttingen 1894.
Rotering: Über den Gewahrsam i. S. des § 242 des BGB. in GS. 35.
Rubo: Kommentar über das StGB. für das Deutsche Reich 1879.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Savigny: Das Recht des Besitzes, 6. Aufl. 1837.
Schels: Der strafrechtliche Schutz des Automaten. 1897.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.

Seeliger: Bruch des amtlichen Gewahrsams i. S. des § 133 StGB. Diss. Breslau 1901.

Seufferts Archiv.

Siebert: Der strafrechtliche Besitzesbegriff, besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1928.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. in Dogm. J. Bd. 38.

Temme: Glossen zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1853.

Thomsen: Das deutsche Strafrecht, Bd. 2. 1907.

Többen: Diebstahl an Erbschaftssachen. Diss. Göttingen. 1893.

VDB. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, besonderer Teil.

Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. in Arch. Ziv. Pr. Band 87.

Widmann-Laemmert: Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242 und 246 StGB. Diss. Heidelberg 1909.

Wolff: Das Sachenrecht, 8. Bearbeitung 1929 (im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff).

ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Weitere Literatur in der Arbeit.

Kommentare sind nach Paragraphen, andere Bücher nach der Seitenzahl zitiert.

Gliederung.

1. Stück: **Einleitung.**

I.

In dieser Arbeit sollen Wesen und Formen des Besitzes nach dem Reichsstrafgesetzbuch erörtert werden. Der Besitz spielt in verschiedene Tatbestände des Gesetzes hinein; er soll nur dort berücksichtigt werden, wo er — ausdrücklich benannt (§ 246 StGB.), oder umschrieben bezeichnet (§ 242 StGB.) — für jeden Fall, wenn auch nur alternativ, zur Anwendung des Gesetzes gebraucht wird (so ist das Mitteilen einer Urkunde, § 92 I N 1 StGB., nicht gleich Besitzübertragung, wenn auch die Urkunde durch Besitzübertragung mitgeteilt werden kann). Durch die Aufteilung des Strafgesetzes in einzelne selbständige Tatbestände wird ein verschiedenartiger Gebrauch des Wortes Besitz ermöglicht. Deshalb soll, um so einer Vermischung verschiedener Begriffe zu entgehen, zunächst das Tatbestandsmerkmal Besitz in § 242 StGB. betrachtet werden und sodann soll auf eine mögliche Gleich- oder Verschiedenartigkeit des Besitzmerkmals in anderen Tatbeständen hingewiesen werden. [1])

---

1) Zur Abhebung des Besitzesbegriffs im Strafrecht von dem des bürgerlichen Rechts wird meist das Wort Gewahrsam im Gegensatz zum bürgerlichrechtlichen Besitz benützt. Gerechtfertigt wird diese Unterscheidung mit der Behauptung, daß der strafrechtliche Besitzesbegriff von dem des bürgerlichen Rechts unabhängig und unterschieden sei; gestützt wird diese Behauptung mit dem Hinweis auf den Besitzdiener (§ 855 BGB.), den mittelbaren Besitzer (§ 868 BGB.) und den Erbenbesitzer (§ 857 BGG.).

Einen Anhaltspunkt für diese Bezeichnungsweise kann man aus den Gesetzen entnehmen. Nur von Besitz spricht das BGB.; das HGB. dagegen verwendet neben „Besitz" (§§ 397, 410, 421, 440 II) „Gewahrsam" (§ 616 III. S. 2) im Sinne des bürgerlichrechtlichen Besitzes (vgl. das deutsche Seerecht, Komm. z. 4. Buche des HGB. v. Schaps, Mittelstein und Sebba § 616 N. 9; a. M. Harburger 198 N. 4); was Gewahrsam in § 44 KO. bedeutet, ist umstritten (vgl. einerseits Sydow-Busch-Krieg 44 N. 6, andererseits Jaeger § 44 N. 16 f., RGZ. 8/87; durch die zweite Alternative „oder einer anderen Person für ihn" werden jedoch entgegenstehende Ergebnisse ausgeschlossen — Besitz heißt es in KO. §§ 117—120); in § 7 II Depotgesetz ist der unmittelbare

II.

Jeder Besitz sichert dem Menschen eine Einwirkensmöglichkeit auf die Sache; Sache und Mensch sind die Glieder des Besitzesbegriffs.

Besitz darunter begriffen. Das bürgerliche Verfahrensrecht faßt „Besitz" in bürgerlich-rechtlicher Bedeutung (ZPO. § 76 I, 266 I, 325 I, 727, 808 I, 831, 885 I), aber auch in einer weiteren, den Rechtsbesitz umgreifend (ZPO. §§ 6, 24; der Rechtsbesitz des BGB. §§ 1029, 1090, der vom BGB. nicht als Besitz bezeichnet wird, fällt unter § 7 ZPO.; unter § 6 ZPO. fällt nur der landesrechtliche Rechtsbesitz, Stein-Jonas 6 N. I, 3 und N. 17), und „Gewahrsam" im Sinne des unmittelbaren Besitzes (§§ 800 I, II Satz 1, 809, 886 ZPO. Stein-Jonas 808 N. II, 809 N. I, a. M. RGZ. in JR. 27/535: der selbständige Besitzdiener habe Gewahrsam; Wolff 21; der Erbe habe ihn nicht; Harburger 198, N. 4). Für das bürgerliche Recht ist das Streben nach einem einheitlichen Besitzesbegriff unverkennbar; für das Reichsrecht kann man das Ziel als erreicht ansehen; das ist der Ausgang eines Meinungsstreites im gemeinen Recht und A. L. R. zwischen den Begriffen Besitz (possessio) und Gewahrsam (detentio), ein Ausgang, der zur Aufhebung beider Begriffe zugunsten eines einheitlichen Oberbegriffs geführt hat (vgl. für die Geschichte: Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848, Wolff 12 ff., Gierke, Fahrnisbesitz 1 ff. Römpler 5 ff.).

Nicht allein das bürgerliche Recht, sondern auch Straf- und Strafverfahrensrecht bedienen sich beider Worte (Besitz in StGB. §§ 41 II, 123 I, 124, 246 I, 252, 369 Nr. 1; StPO. §§ 104 I, 105 II; Gesetz betr. den Verrat und die Ausspähung militärischer Geheimnisse vom 3. VI. 1914, §§ 1—4, 8; Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. VI. 84 §§ 1, 2, 7—9, 11; Gewahrsam in StGB. §§ 168, 246 I, 350, 367 Nr. 1; StPO. §§ 94 II, 95 I, 231 I); hier findet sich indes noch keine einheitliche Bedeutung. So ist durch § 231 StPO. wie in PGO. Art. 96 Gewahrsam als ein reines Überwachungverhältnis gekennzeichnet (Löwe-Rosenberg, 231 N. 3, 135 N. 4, Kohler und Scheel: Die PGO. und ihre Vorgängerinnen 1900 S. 144); ein Abklang dieser Bedeutung ist in StGB. §§ 168, 367 N. 1 (Entwurf § 183) zu treffen; von dieser Bedeutung ist zum Sachgewahrsam der §§ 94 II, 95 I StPO. und des Ges. über Fernmeldeanlagen vom 14. I. 28 § 13 ein weiterer Schritt (vgl. Löwe-Rosenberg 94 N. 2, 98 N. 1); ähnlich ist die Bedeutung in Art. 157, 158 PGO., die als Gewahrsam den Aufbewahrungsort begreift (Harburger 200 N. 2); es liegt nahe, hierbei an die Bedeutung des Wortes „Besitztum" in StPO. §§ 104 I, 105 II, StGB. 123 I, 124 (Entwurf § 277) zu erinnern; noch anders und voneinander unterschieden wird in den §§ 41 II, 246 I, 252, 369 N. 1 StGB. (Entw. §§ 53, —, —410) von „Besitz" gesprochen, und zwar im § 246 I StGB. in Sonderung vom Worte Gewahrsam (Entwurf § 333), das dem „Gewahrsam" in § 350 StGB. entspricht. Dieser Zersplitterung

a) „Sachen . . sind . . körperliche Gegenstände", sagt § 90 BGB.[2]) Körper und Sachen sind Dinge; die Kenntnis eines Dinges ist durch Wissen um Größe, Gestalt und Ort gegeben. Ein jedes Ding ist von allem Nichtdinglichen, wie von allem anderen Dinglichen durch den besonderen Ort unterscheidbar. Dinge können wirklich oder bloß vorgestellt sein; ein wirkliches Ding kann verändern (einen Wechsel der besonderen Bestimmtheiten herbeiführen) und verändert werden (die Veränderung des bloß vorgestellten Dinges ist keine Dingveränderung, sondern der Wechsel der besonderen Vorstellung als Wesenbestimmtheit des wirk-

---

hilft auch der Entwurf nicht ab; denn er setzt nur andere Worte (vgl. §§ 159 und 160).

Derjenige, der schon durch Benützung des Wortes Gewahrsam den strafrechtlichen Besitzesbegriff vom bürgerlich-rechtlichen abzusondern gedenkt, gerät in die Gefahr, den uneinheitlichen Obhutbegriff „Gewahrsam" (entsprechend seiner etymologischen Bedeutung, Binding 1/286) mit dem Besitzesbegriff zu verwechseln; an Klarheit wird dabei nichts gewonnen; während aber Obhut und Besitzesbegriff nicht, jedenfalls nicht mehr verwandt sind, läßt sich das bei bürgerlich-rechtlichem und strafrechtlichem Besitz nicht leugnen. Besitz ist keine Rechtsfolge, in der Strafrecht und bürgerliches Recht immer auseinandergehen, sondern ein Zustand, a. M. Wolff 10 f.; dieser Zustand wird im Strafrecht durch allgemein übliche („natürliche") Begriffe bestimmt, d. s. die nach dem Gegebenen vom allgemeinen Sprachgebrauch gebildeten und nur der läuternden Kritik der Logik unterworfenen Begriffe. Da das bürgerliche Recht bisweilen in der Begriffsbestimmung den juristischen Begriff vorzieht, der entweder wie ein Wirkliches behandelt wird (vgl. Vaihinger die Philosophie des Als Ob 1. Teil, Kap. V), oder den üblichen Begriff besondert oder verallgemeinert, so besteht hierin allein die Möglichkeit eines Begriffsunterschiedes für den Besitz im bürgerlichen Recht.

2) Damit zielt das BGB. mangels abweichender Regelung auf den allgemein üblichen Begriff (der juristische Begriff „Gegenstand" als ein Inbegriff von Sachen- und Vermögensrechten RGR.-Komm. 90, N. 3 Busch, trägt zur Erklärung des Sachbegriffs nichts bei); dieser Begriff ist aber auch der strafrechtliche (Ehrenhard 14, a. M. die h. M., Ols. 242 N. 3, Harburger 189, Lobe Einfluß 15, Binding 1/257; die Elektrizität, für die jetzt auf das Gesetz vom 9. April 1900 zu verweisen ist, ist kein Beispiel für abweichende Sachbegriffe; RGSt. 29/112 f., 32/179 stehen nicht entgegen, da sie vor 1900 gefällt worden sind; obendrein weist die letzte Entscheidung darauf hin, daß „künftig" der Begriff mit § 90 BGB. im Einklang stehen werde). Bis auf die Vorschrift des § 266 N. 1 StGB. wird das Wort „Sache" für den Sachbegriff im StGB. einheitlich gebraucht; hier sagt § 348 Entwurf „Vermögen".

lichen Menschen (vgl. Johannes Rehmke, Die Philosophie als Grundwissenschaft). An Stelle der Bezeichnung „wirkliches Ding“ werden auch die Worte „Körper“, „Sache“ gebraucht. Dabei ist es gleichgültig, in welchem Aggregatzustand sich das wirkliche Ding befindet (Ols. 242 N. 3; Lobe Vorb. 242 ff. N. II 1 RGSt. 47/324, 44/335). Jedoch ist nicht jedes wirkliche Ding eine Sache im Sinne des Gesetzes. Zu diesem Begriff gehört noch die wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeit des Dinges (Verkehrsfähigkeit). Was Gegenstand der Wirtschaft ist, das läßt sich am Geschehen feststellen; die Möglichkeit (Fähigkeit), daß ein Ding Wirtschaftsgegenstand sein kann, wird durch Urteil ermittelt.[3]) Dem Urteilen wird indes durch die Sitte eine Grenze gesetzt (das, was Sitte ist, läßt sich am gegebenen Ort zur gegebenen Zeit feststellen; Sitte beruht auf Wertung). Kraft Sitte ist der lebende menschliche Körper verkehrsunfähig.[4]) Faßt man den Leichnam als Nachklang des Lebenden auf, so wird er erst dann, wenn das Bild der Persönlichkeit abgeklungen ist, etwa in der Mumie,

3) Die Verkehrsfähigkeit wird meist als Voraussetzung des Eigentums (strafrechtlich unter Fremdheit oder Zueignung) behandelt; sie ist aber schon Voraussetzung für den Besitz. Verkehrsfähigkeit ist nichts als Besitzmöglichkeit; „was nicht besessen werden kann, ist kriminell“ (aber auch zivilistisch, Wolff 43) „nie Sache“ (Binding 1/257); und erst „die subjektive Bedingung der Möglichkeit des Gebrauchs“ (Gebrauch = das rechtlich Meine = das Eigentum) „überhaupt ist der Besitz“ (Kant § 1). Dagegen liegt in der Beurteilung der Verkehrsfähigkeit selbst keine Bewertung darüber, ob die Sache, gemessen an einem allgemeinen Maßstabe (Geld), einen Wert hat (Allfeld 427, Liszt 611, Ols. 242 N. 12a, Frank 242 N. I, Lobe Vorb. 242 ff. N. I 1, Binding 1/256, RGSt. 51/97, Gebauer: Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände 1893 S. 60; Hälschner 2/281 f. und Merkel 3/634 arbeiten mit einem subjektiven Vermögensbegriff, der eine vom Täter, der andere vom Eigentümer aus; die Annahme dieser Tatsächlichkeit an Stelle der bloßen Möglichkeit ist für das Tatbestandsmerkmal des § 242 StGB. unschädlich; anders steht es mit denen, die Geldwert verlangen: John ZStW. 1/266, Doerr über das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliches Interesse 1897 S. 91 f.

4) Ols. 242 N. 3, Lobe Vorb. 242 ff. N. 1, Harburger 189 N. 6, Binding 1/258; Wolff 17, Gierke 36, und zwar, obwohl der menschliche Körper ein Ding ist; so weit abgetrennte Körperteile nicht mit dem (lebenden) Menschen untrennbar verbunden sind (anders bei Haupt und Rumpf), werden sie mit der Trennung zu Sachen (abgeschnittene Haare, gezogene Zähne; hierbei ergeben

zur Sache.[5]) Bei den sog. beschränkt verkehrsfähigen Sachen ist nur das (Verfügung=) Recht (des Eigentümers) beschränkt (Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht 1924 Bd. II³ S. 40, 45 f., a. M. Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 1927 S. 434 ff.), die Verkehrsfähigkeit der Sache ist unbeschränkt gegeben. Dinglichkeit, Wirklichkeit und Verkehrsfähigkeit erfüllen den Sachbegriff und geben so das eine Glied des Besitzesbegriffes.[6])

---

sich Unstimmigkeiten zu den Leichenteilen nach h. M.); Eigentum entsteht erst, wenn sie in Eigenbesitz genommen werden (§ 958 I BGB.); Frank 242 N. III 2e, Liszt 612 N. 4 nehmen ein ausschließliches auf Gewohnheitrecht beruhendes Aneignungrecht an (vgl. § 958 II BGB.). Die h. M. nimmt dagegen mit der Trennung vom Körper Eigentumserwerb durch den Körperherrn an (Ols. 242 N. 6, Lobe Vorb. 242 N. II 3a, Harburger 192, Allfeld 427, Gerland 445 u. N. 2, Binding 1/258 u. N. 2). Werden umgekehrt Sachen in den menschlichen Körper eingefügt (Zahnplomben, Knochenersatzstücke), so verlieren sie mit dem Einfügen die Sacheigenschaft (Ols. 242 N. 6).

5) Bejahend die h. M. Liszt 580, 511, Ols. 242 N. 7, Hälschner 2/717, Allfeld 427, Frank 242 N. III 2d, Harburger 191, Crusen 36, 51 f., nur im Sprachgebrauch abweichend Lobe Vorb. 242 ff. N. II 1, II 3a, Merkel 3/633; dagegen nimmt Ortmann LZ. 19/511, 25/574 Sacheigenschaft und Erbeneigentum an. Indessen sind für Leichen und Leichenteile StGB. §§ 168, 367 N. 1 anzuwenden. Deshalb ist auch die Fortnahme einer Goldplombe von einer Leiche Wegnahme eines Leichenteils (a. M. Ortmann LZ. 19/511, dagegen Ols. 242 N. 7 vom Standpunkt der Eigentumslosigkeit aus).

Weitere Beschränkungen in der Verkehrsfähigkeit durch die Sitte sind nicht gegeben, auch nicht mehr für geweihte Gegenstände. (Lobe Vorb. 242 ff. N. II 3a, Frank 242 N. III 2c.)

6) Was nicht Sache ist, kann nicht besessen werden (Ols. 242 N. 3, Lobe Vorb. 242 ff. N. II 1, Frank 242 N. I, Binding 1/257 ff., Harburger 189; auch im Zivilrecht Wolff 17); ein Recht ist keine Sache, sondern ein Gedankliches, das so wenig wie sonst ein Gedanke, mag er auch Ausdruck gefunden haben („geistiges Erzeugnis“), dinglich und wirklich ist (wirklich sind vielmehr die Druckschrift, der Mensch); einen zum Ausdruck gebrachten Gedanken, ein Recht als „unkörperliche Sache“ zu bezeichnen (Ols. 242 N. 3, Gierke 51 ff.), verleitet leicht zur Vermischung verschiedener Begriffe (vgl. Gierke 224 ff.); auch die Kraft ist ein Begriff, kein Wirkliches; sondern das Ding (die Seele) ist wirklich (vgl. Binding 1/206).

Anders liegt die Frage nach einem möglichen Besitzgegenstand und nach der Unterscheidung bei Sachteil, Sache und Sachmenge. Wann ein Sachteil als Besitzesgegenstand gegeben ist, das

b) Das andere Glied ist der Mensch als Einwirkendes; die Einwirkensmöglichkeit beginnt mit dem Augenblick, in dem das Kind den Mutterleib (ein wirkliches Ding ohne

---

wird nicht durch die immer bestehende Möglichkeit, eine Sache zergliedern zu können, und auch nicht durch die Zertrennung einer Sache, sondern durch eine an der Sache selbst bestehende Scheidung der einzelnen Teile, so daß ein selbständiges Einwirken auf den Sachteil möglich ist, bestimmt. Holz von 20 Kubikzentimeter kann keinen besitzfähigen Sachteil abgeben; wohl aber ein Wohnwagen, der durch eine Holzwand in der Mitte in zwei Räume getrennt wird. (Durch den Ausschluß besonderer Rechte an einem Sachteil wird die Möglichkeit des Sachteilbesitzes nicht einmal im BGB. ausgeschlossen, §§ 93, 865). Im Strafrecht wird die Frage nach einem Sachteilbesitz auch in den Fällen der Übergabe eines verschlossenen Behältnisses unter Zurückbehaltung des Schlüssels behandelt; die einen nehmen Besitz am Inhalt besondert vom Besitz an der Außenwand des Behältnisses an (Lobe 242 N. I 3, N. III, Binding 1/289, Rosenfeld ZStW. 37/159 ff.; im Ziv. Recht Wolff 30 N. 2; diese weisen darauf hin, daß auf den Inhalt erst nach Beseitigung des Verschlusses eingewirkt werden kann und daß deshalb der Inhalt erst durch Beseitigung des Verschlusses erworben wird); die andern nehmen keinen gesonderten Teilbesitz an (Frank 243 N. III 2 c, Ols. 242 N. 19 1 c. RGSt. 58/49, Allfeld 435 N. 32, Harburger 205; vgl. auch Wolff 18 und §§ 299, 354, 355 StGB., Entwurf 324, 142); kann der Schlüsselherr ohne den selbständigen Verwahrer auf die Außenwand nicht einwirken, so kann er es auch nicht auf den Inhalt, d. h. am Inhalt könnte er keinen Besitz haben; da durch die Umkleidung die eingeschlossenen Sachen bewahrt werden, so muß der, der die Umkleidung besitzt auch den Inhalt besitzen.

So wie man auf einen Sachteil einwirken kann, so kann man auch auf mehrere Sachen im Zugleich, einen Haufen Sandkörner, einwirken; immer wird jedoch auf die Körner, nicht auf den Haufen, den Begriff, gewirkt; das zeigt der Fehlschluß des sophistischen Beweises, ein Haufen Gold sei nichts. Wer deshalb von einem Mengenbesitz als einem Sachinbegriffbesitz i. S. einer Einzelsache spricht, verdinglicht den Begriff zur Sache. Bürgerlichrechtlich wird dies beim Grundstücksrecht zugelassen; das Grundstück i. S. des Rechts ist keine Sache (vgl. Wolff 97), sondern ein Raum, dessen Grenzen durch Linien ohne Rücksicht auf die Geschlossenheit von Einzelsachen durch eine menschliche Gemeinschaft (Kant § 8) festgesetzt und abgeändert werden; als Raumbegriff umschließt es aber eine Vielheit von Einzelsachen und ist insoweit Sachinbegriff (daß es darüber hinaus Rechte einbegreift ist schon für den bürgerlich-rechtlichen Besitz unbeachtlich; eine Reallast, die gemäß BGB. §§ 1105 II, 96, 93 BGB. wesentlicher — RGZ. 83/73, 93/73 — Bestandteil des Grundstückrechtes ist, vermag dem herrschenden Grundstück keinen Besitz an der Reallast, auch keinen Rechtsbesitz, Gierke 226, zu verschaffen). Aber auch insoweit wie das Grundstücksrecht nur auf den Sachinbegriff

Sacheigenschaft) verläßt. Zu dieser Zeit muß das Kind am Leben sein; es muß durch seine Eigenbeweglichkeit (organisch), nicht bloß durch seine Körperschwere (mechanisch)

---

geht, deckt es sich nicht mit dem Besitzbestande an den Sachen; die Möglichkeit eines verschiedenen Umfanges ergibt sich aus § 920 I BGB.; die Tatsächlichkeit aus den §§ 921—23 BGB., die an den Grenzsachen Mitbesitz geben. Für den Grundstücksbesitz (als einem Besitz an den Bodensachen) sind die §§ 93 ff. BGB. überhaupt unanwendbar; die in § 95 I BGB. bezeichneten Sachen werden vom Besitz umschlossen (Wolff 47 N. 4). Die Annahme eines Grundstücksachinbegriffbesitzes als Einzelsachbesitz zwingt deshalb, weil ein Inbegriff keine Sache ist, zu Konstruktionsunterschieden im Begriff (vgl. Gierke 214 und N. 15, Fahrnisbesitz 4 f. und Anm. 7); das Gesetz nötigt zu dieser Annahme nicht; der Begriff Grundstück in den §§ 859 III, 867 BGB. kann rein sprachlich als Zusammenfassung genommen werden; die unterschiedenen Fälle des § 859 II und III treffen nur in der Regel zu; wenn jemand eine Blume auf fremdem — im Sinne von besitzfremd gebraucht — Grundstück gebrochen hat, so ist § 859 II anwendbar, obwohl die Blume ein Grundstücksteil ist, und wenn jemand einen fremden Wohnwagen, ohne ihn von der Stelle zu bewegen, einnimmt, so kann er nach § 859 III entsetzt werden, obwohl der Wohnwagen kein Grundstück ist. Da Recht und Besitz in bezug auf das Grundstück sich nicht umfänglich decken (a. M. Wolff 43), können sich auch die für das Recht geprägten Begriffe „beweglich — unbeweglich" nicht auf den bürgerlich-rechtlichen Besitz beziehen; anders im Strafrecht; hier trifft der Begriff „beweglich" nur auf den Besitz und nicht auf das Recht zu; denn sonst würde Irrtum über die zivilrechtliche Frage der Beweglichkeit nach § 59 StGB. erheblich sein (das ist aber nicht der Fall, vgl. Ols. 242 N. 4, Lobe Vorb. 242 ff. N. II 2, Harburger 193, Frank 242 N. II, Binding 1/276 f., Allfeld 432, Liszt 613); hierdurch wird der Grundstücksbesitz als Sachinbegriffbesitz, nicht aber der Besitz an den Einzelsachen des Grundstücks, ausgeschlossen (dagegen will Ehrenhard 15 den Begriff „beweglich" der Täterhandlung entnehmen). Andere Sachinbegriffe wie das Grundstück (Bibliothek, Herde) werden im bürgerlichen Recht nicht als Besitzgegenstand gefaßt (Wolff 17, Buhl 14, a. M. Gierke 53 f.; vom Bestande eines Sachteilbesitzes läßt sich nicht auf den eines Sachinbegriffbesitzes schließen, wie Gierke 54 N. 25 meint, denn der Sachteil ist Teil eines wirklichen Dinges, der Inbegriff dagegen ein nicht wirklicher, wirkliche Sachen umfassender Begriff); das empfiehlt sich auch im Strafrecht (Ehrenhard 14). Ohne Sachinbegriffbesitz ist aber die Wegnahme eines Teils des beabsichtigten Mehr ebenso eine vollendete Diebstahlshandlung wie die Einzelhandlung einer fortgesetzten (vgl. für den Fall des § 252 StGB. Binding 1/305; a. M. Lobe 252 N. I 5 b, III, Ols. 252 N. 24 b). Während der Sachinbegriff ein räumliches Beisammensein verschiedener Sachen trifft, stellt der Rechtsinbegriff gedanklich ohne Ortgebundenheit Sachen zusammen (soweit er auch Rechte

auf eine Sache einwirken können. Mit dem Ableben des Menschen endet die organische Einwirkungmöglichkeit und folglich die Besitzmöglichkeit. [7]) Mensch und Sache (Sachteil) sind die Glieder des Besitzesbegriffs.

2. Stück: **Der Besitzesbegriff.**

I.

Der Besitz besteht in einer vom Staate anerkannten ausschließlichen Einwirkensmöglichkeit eines bestimmten Menschen auf eine gegebene Sache. Ermittelt wird die Einwirkungsmöglichkeit durch eine Bewertung darüber, ob ein gegebener Mensch auf eine Sache einwirken kann und darf; die Wertung findet nach zeitgenössischer Anschauung statt und wird letzthin durch den Staat zum Ausdruck gebracht.

---

umfaßt ist er für den Besitz von vornherein bedeutungslos, vgl. Warn. 19/82). Als ein Beispiel des Rechtsinbegriffbesitzes wird der Erbschaftsbesitz genannt (Gierke 65 und N. 74); aber auch bürgerlich-rechtlich wird durch die Vorschrift des § 857 BGB. die Auflösung dieses Begriffes im Einzelsachbesitz nicht ausgeschlossen (Wolff 70); strafrechtlich wird man ihn so wenig wie den Sachinbegriffbesitz zulassen können.

7) Nur der Mensch kann besitzen; also nicht die übrigen organischen Wesen; auch nicht, was noch nicht Mensch ist, wie die unerzeugten Nachkommen, denen bisweilen fingierte Rechtspersönlichlichkeit zugesprochen wird (RGZ. 65/277), oder wie die Leibesfrucht, und nicht, was nicht mehr Mensch ist. Im Gegensatz zum Sachteilbesitz gibt es keinen Menschenteilbesitz. Hieraus läßt sich aber nicht auf eine logische Unmöglichkeit für einen Menschengesamtheitbesitz schließen. Von einem Menschengesamtheitbesitz ist der Besitz mehrerer einzelner Menschen (Mitbesitz) zu trennen; denn bei der Gesamtheit wird diese wie ein Einzelmensch behandelt. Die Form der Menschengesamtheit ist im Recht durch die juristische Person gegeben, die insoweit wie sie eine Mehrheit von Menschen ergreift, dem Sachinbegriff, insoweit sie eine Gesamtheit selbständiger Rechte darstellt (die Anstalt) dem Rechtsinbegriff entspricht. Dabei ist die Gesamtheit, das Gegenstück des Inbegriffs, ein Begriff und folglich nicht wirklich (es wirken nur die Menschen, die „Organe", und dieses Handeln rechnet man rechtlich der juristischen Person zu). Da das Gesetz — selbst ein Ideales — Reales und Ideales gleich bewerten kann, so lassen sich aus der Idealität der juristischen Person rechtlich keine Schlüsse auf die Besitzunmöglichkeit ziehen (der Streit um die Realität der juristischen Person ist deshalb nur ein Streit um gleiche oder ungleiche Bewertung; als real wird sie von Gierke: Deutsches Genossenschaftsrecht III 260 ff., als fiktiv von Savigny System II 236 bezeichnet); das bürgerliche Recht läßt für sie die

a 1) Für die Beurteilung des Einwirkenkönnens ist die Raumüberwindung entscheidend; denn jedes Einwirkenkönnen wird durch das Einwirken bestätigt — und das Einwirken fordert eine körperliche (örtliche) Berührung von Mensch und Sache, wobei auf die Sache unmittelbar (den Stock in der Hand) oder vermittels anderer Sachen (Einschalten von Maschinen durch einen Hebelgriff, Sprengen eines Felsens durch Fernzündung) eingewirkt wird; solange wie ein körperliches Nebeneinander von Mensch und Sache (vermittelnder Sache) vorhanden, solange ist das Einwirkenkönnen gegeben. Indessen kommt es nicht auf ein jederzeitig räumliches Beisammensein an, sondern auf die Möglichkeit, jenes Näheverhältnis herbeiführen zu können; das Entfernen von der Sache macht ein Einwirken unmöglich; kann aber durch Annähern der örtliche

Möglichkeit einer jeden Besitzart zu (Gierke 217 N. 31, 221 N. 46, Wolff 16; a. M. Kniep: 19, 53, 146 ff., der der juristischen Person jede Besitzmöglichkeit abspricht; Bartels bei Gruch. 42/668, der die Möglichkeit des unmittelbaren Besitzes für die juristische Person leugnet), wobei die „Organe", die Besitzträger der juristischen Person, eine dem selbständigen Besitzdiener ähnliche Stellung einnehmen (nach h. M. fehlt jedoch das Abhängigkeitsverhältnis; OLG. 5/148, Bender 30; die Organschaftsträger können jedoch abberufen werden: wie Besitzdiener werden sie von Wendt, Arch. Ziv. Pr. 87/67, Buhl S. 22 behandelt; eine Zwitterstellung nimmt Strohal, Dogm. J. 38/16 ein, der der jur. Pers. bald mittelbaren, bald unmittelbaren Besitz zuspricht). Das Strafrecht kann jedoch die Behandlung eines Begriffes als Wirkliches durch den Grundsatz, soweit das Gesetz nicht entgegensteht, nur übliche Begriffe zu verwenden, nicht zulassen; im gegebenen Falle steht sogar die ausdrückliche Bestimmung des § 350 StGB. entgegen; denn Amtsunterschlagung könnte die staatlichen „Organe" nicht treffen, da der Staat selbst Besitz hätte (nur die, welche Realität der juristischen Person behaupten, müssen auch strafrechtlichen Besitz annehmen, Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 S. 728 N. 2, Bender 40 f.; dagegen die h. M. Frank 242 N. IV, Lobe 242 N. I 4, Ols. 242 N. 14, Allfeld 443, Liszt 614 N. 10, Widmann 31, Micelli 48 N. 3, Binding 1/286, 241, RG. in J. R. 25/203; die Beispiele Benders 41 ff. zwingen zur Annahme des Besitzes für die jur. Pers. nicht; für das erste Beispiel läßt sich im besonderen darauf hinweisen, daß nicht jede Haftung nach BGB. für eine Schädigung eine strafbare Handlung in sich birgt, Binding 1/241; die Hinweise Benders 38 und N. 39 auf StGB. § 168, 289 schlagen nur ein, wenn der Besitz des § 242 StGB. dem des § 289 und dem Gewahrsam des § 168 gleichzusetzen ist und wenn dort die jur. Pers. Besitz oder Gewahrsam hat.

Zusammenhang wieder hergestellt werden, so wird am Besitzbestande nichts geändert. Bleibt die Sache am gleichen Erdraum, so kann der Mensch sich stets entfernen und nähern; weicht dagegen die Sache vom Erdraum, so muß sie demselben Menschen gleich zugänglich bleiben; auf das Beharren der Sache an einem Erdort kommt deshalb viel an; so kann der Besitzer ein Gas nur in dichten Behältern aufbewahren; die freie Luft (ein Inbegriff) steht solange nicht im Besitz, wie es nicht möglich ist, eine Mehrheit von Molekülen in einem Raume zu halten (aber verkehrsfähig ist die Luft; nur der Inbegriff „freie Luft" ist als Begriff verkehrsunfähig; denn verkehrsfähige Begriffe i. S. von verkehrsfähigen Sachen gibt es nicht); auch Flüssigkeiten müssen besonders, etwa in Gefäßen, gehalten werden; frei verdampfendes, frei fließendes,[8]) in den Erdboden eingesickertes Wasser wird nicht gebannt (vgl. Harburger 192 f., Liszt 611; bis zum Einsickern ist Besitz gegeben, also bei den durch die Luft fallenden Tropfen, DJZ. 25/854, bei den auf der Erde in einer Lache sich ansammelnden Tropfen, Ols. 242 N. 18, Lobe 242 N. I 5 a); feste Körper dagegen beharren bis auf die sich selbst bewegenden am Erdort; jene brauchen deshalb nicht besonders festgelegt zu werden, die Tiere müssen dagegen gefangen[9]) sein; bei zahmen und

8) Dieser Inbegriff soll nach Müller: Das Flußwasser steht im Eigentum S. 36 f. besessen werden und im Eigentum stehen; zwar ist nach EGBGB. Art. 65 Landesrecht maßgebend, doch kann das Landesrecht weder Eigentum noch Besitz am freifließenden Wasser geben, das von einigen Landesrechten sog. Eigentum an der freifließenden Welle ist bloß ein staatliches Hoheitrecht (Staudinger-Kuhlenbeck EGBGB. Art. 65 N. 3); nach dem preußischen Wassergesetz von 1914 besteht nur ein Nutzungsrecht eines jeden oder der Anlieger (vgl. Wolff 341 ff.); anders steht es mit ruhendem Wasser; Wasser im Privatbrunnen, Frank 242 N. III 2 a, Binding 1/258, dieses ist besessen; überhaupt das geschlossene Gewässer, Wolff 340, vgl. auch § 960 I S. 2 BGB.; ob eine bloße Ableitung vom Wasser schon das Wasser fängt, muß an der Art der Ableitung ersichtlich werden (W. von Hippel: Der Wasserdiebstahl 1895 S. 7, 22 stellt es auf den Zweck der Ableitung zum Wassergebrauch oder -verbrauch ab).

9) Wann die Gefangenschaft gegeben ist, das ist eine Ermessensfrage ähnlich der über das Festhalten von Gasmolekülen an einem Erdort. Streitig ist die Antwort für Wild in Tiergärten und Fischen in geschlossenen (vgl. Ols. 242 N. 5 d β Gewässern; die einen verlangen einen übersichtlichen, beschränkten Raum (Ols. 242 N. 5 d α, Frank 242 N. III 2 b α, Rotering

gezähmten Tieren tritt an die Stelle der Gefangenschaft die Dressur, die Gewöhnung an das Zurückkehren zu einem bestimmten Erdort (Stall). Sind die Voraussetzungen für ein örtliches Zusammentreffen gegeben, so ist es gleichgültig, ob Mensch oder Sache sich entfernen oder nähern. Wenn jemand von seiner — i. S. von „ihm besessenen" gebraucht — Wohnung abreist und erst nach einiger Zeit zurückkehrt, so ist er trotz des Entfernens in der Abwesenheit Besitzer seiner Wohnung geblieben; wenn jemand sein Pferd an einen Marktpfahl bindet und allein in sein Gehöft zurückkehrt, das Pferd sich dann losreißt und in den Stall zurückläuft, so ist eine Besitzveränderung innerhalb der gesamten Zeit nicht eingetreten. Dabei ist nicht einmal eine in jedem Augenblick gegebene Annäherungsmöglichkeit für den Besitzbestand erforderlich, wenn nur künftig ein Zusammentreffen möglich ist; diese Zukunft wird begrenzt durch ein Ermessen (vom Standpunkt der Praxis aus, die das richtige Ermessen voraussetzt, ist es eine „Tatfrage"). [10])

G. S. 35/364, Allfeld 435 N. 17, Harburger 197 N. 2, Liszt 612 N. 5; im bürgerlichen Recht: Wolff 243 f., Gierke 950 N. 72), die anderen begnügen sich damit, daß Wild und Fisch auch aus einem größeren Gehege und Gewässer nicht entweichen können, RGSt. 42/75, 60/275, Micelli 54 N. 3; für das bürgerliche Recht RG. in JW. 03/80, jedenfalls muß aber der Tiergarten geeignet sein, das Wild festzuhalten, d. i. bei Löwen, Vögeln, auch wohl bei Hasen und Kaninchen nicht der Fall (vgl. Ols. 242 N. 5 d γ). Derselbe Streit im bürgerlichen und Strafrecht wird zur gleichen Antwort führen, da das anzuwendende Ermessen durch keines beider Gesetze beeinträchtigt wird (es greift also das übliche Ermessen Platz, a. M. Frank 242 N. III 2 b α). Nach BGB. § 958 ff. (Sondervorschriften für Tauben ALR. I 9 §§ 111 ff., 130 EGBGB., Brieftaubenschutzgesetz vom 28. V. 97) sind unbesessene Sachen bis auf die festen (und fest gehaltenen) und von den festen, unbesessenen Sachen wilde und gezähmte Tiere eigentumslos (besessen, müssen sie aber nicht im Eigentum stehen).

10) Diesen Grundsatz bringt § 856 II BGB. zum Ausdruck (unmittelbar angewandt in RG. in G. 48/361, zurückgenommen in RGSt. 50/184); eine mögliche Abweichung des Strafrechts in den Fällen, in denen sich der Besitz mit dem bürgerlich-rechtlichen deckt, ist bisher nicht begründet worden (aber behauptet: Bender S. 13 N. 40, Ols. 242 N. 15; auch Wolff 21 konstruiert hier einen Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Besitz, der „Gewahrsam" soll „schon durch vorübergehende Verhinderung der Gewaltausübung verloren" werden; aber gerade am Bestehen dieses Grundsatzes läßt sich nachweisen, daß im Strafrecht ein echter Besitz

Ein Badegast auf Amrum behält den Besitz seiner Wohnung in Berlin, selbst wenn wegen eines Sturmes Schiffs- und Flugverkehr eingestellt sind und er deshalb einige Tage lang nicht nach Berlin zurückreisen kann; das Land vor den Außendeichen und auf den Halligen wird bei stärkeren Fluten überschwemmt; an den Besitzverhältnissen (dem festgewachsenen Grase) wird nichts geändert.

a 2) Doch bestätigt nicht jedes Einwirken eine besitzmäßige Einwirkensmöglichkeit; Einwirken durch Körperschwere (mechanisch: jemand fällt auf ein Tongefäß und zertrümmert es) kommt nicht in Betracht, nicht einmal jedes Einwirken durch die Eigenkraft des Lebewesens (organisch: der Kranke zertrümmert im Fieberschauer ein Glas), sondern nur bewußtes, gewolltes Einwirken vermag einen Besitzbestand zu rechtfertigen. Da zum Besitze nicht die gewollte Einwirkung, sondern nur die Möglichkeit der Einwirkung gehört, so ist, vom Menschen aus gesehen, nicht das Wirkenwollen, sondern bloß die Möglichkeit der Willensbildung erforderlich. Das Wollen ist nur möglich nach erkannter Wahrnehmung des Einwirkensgegenstandes, die Willensbildung folglich durch Wahrnehmungsmöglichkeit; diese besteht bei Sachen für alle Menschen, für den Besitzer muß sie wahrscheinlich sein; wann dies der Fall ist, das wird abermals durch Wertung (Ermessen) bestimmt. Auf dem Tisch eines Zimmers liegende Bücher werden wahrscheinlich von dem das Zimmer betretenden Gast wahrgenommen, der im Garten von einem Fremden vergrabene Kasten dagegen nicht von dem im Garten befindlichen Eigentümer, der um das Versteck nichts weiß. Bei Sachen, die zum ersten Male wahrgenommen werden sollen, ist

---

und keine Obhut gegeben ist; vgl. den Begriff des intelligiblen Besitzes bei Kant § 4 unter a, § 5). Einen Anwendungsfall bringt für wilde Tiere § 960 Abs. 2 BGB., solange wie das Tier verfolgt wird (Verfolgen im üblichen, nicht im übertragenen Sinn, a. M. KG. in JW. 28/2471), bleibt es besessen; auch der Fall des § 960 III BGB. ist zu nennen, danach ist das gezähmte Tier solange im Besitz, wie es zurückzukehren pflegt (animus revertendi); dasselbe gilt aber auch für den Besitz des zahmen Tiers (das jedoch unbesessen nicht eigentumslos ist, RGSt. 50/183, a. M. Lobe Vorb. 242 ff. N. II 2 b α); die Rückkehrgewohnheit ist jedoch nur eine Besitzmöglichkeit, trotz des Fehlens ist bei der Wahrscheinlichkeit, das Tier wieder einzufangen, der Besitz gegeben (G. 48/311, Ols. 242 N. 17 a, Lobe 242 N. I 1, 2 zu 1, Frank 242 N. IV 5; Wolff 245; a. M. Liszt 613, Micelli 61).

die Wahrscheinlichkeit geringer als bei anderen; bei bereits wahrgenommenen Sachen kann schon durch die bloße Ortserinnerung die Wahrnehmungswahrscheinlichkeit gegeben sein, das ist bei den versteckten Sachen der Fall.

Ist die Wahrnehmungswahrscheinlichkeit gegeben, so ändert selbst eine zeitweise Unmöglichkeit der Willensbildung, die Unmöglichkeit, die Glieder regen zu können, nach dem Grundsatze des § 856 II BGB. am Besitzbestande nichts (vgl. d. A. Anm. 10 u. 1a. E.); der im tiefen Schlaf Befangene, der Bewußtlose, der im Starrkrampf Befindliche, der Scheintote, der stark Trunkene können nicht bewußt einwirken, mit dem Erwachen ist jedoch diese Unfähigkeit beseitigt.

b 1) Je geringer die Entfernung eines Menschen zur Sache, je stärker das räumlich-zeitliche Verhältnis ist, um so leichter kann der Mensch auf die Sache einwirken; die Stärke des räumlich-zeitlichen Verhältnisses ist für den Besitz nicht entscheidend, denn sonst wäre der Besitzer, der die Entfernung bis zur Sache am schnellsten überbrücken kann, und doch ist nicht der Fremde, der mit einer Axt durch den Wald geht, Besitzer, sondern ein anderer, der oft stundenweit vom Baume entfernt ist; entscheidend ist vielmehr die Anerkennung der Sachherrschaft unter Ausschluß jeden fremden Einwirkens (vgl. Materialien zum ALR., Zeitschrift von Simon und Strampff 1836 Bd. 3 S. 209, als Schlußgedanken von Svarez und ALR. I 7 § 1). Diese Sachherrschaft kann der Fremde nur dann beachten, wenn sie ihm ersichtlich ist. Ein Stock in der Hand, die getragene Kleidung sind besessen; aber auch die zeitweilig von jedem Menschen verlassenen Sachen wie der Wagen auf der Straße, nur muß hier die Zugehörigkeit der Sache zu einer Herrschaft irgendwie hervortreten, ein verlassener Personenkraftwagen auf einsamer Landstraße weist diese Zugehörigkeit nicht mehr auf; dagegen läßt ein im Walde angelegtes, erhaltenes Versteck den Besitz erkennen; besonders weit ist die Zugehörigkeit bei den frei umherlaufenden zahmen Tieren; da die Eigenschaften dieser Tiere bekannt sind, so muß hier gerade die Besitzlosigkeit klar hervortreten, wenn der Herrschaftkreis nicht gegeben sein soll. Sichtbar werden auch die Sachen beherrscht, zu denen dem Fremden der Zutritt verwehrt wird; das wird durch ein abgerichtetes Tier, wie bei dem eine Herde über-

wachenden Hunde, augenfällig oder durch einen anderen Gegenstand — sei es zugleich mit einem Tier, der Hofhund, oder allein, der Hof —, durch den fremdes Einwirken auf die zum Gegenstand gehörenden Sachen ausgeschlossen werden soll, so bei Sachen im Schrank, im Kasten, in der Wohnung; aber auch, wenn dem Fremden der Zutritt gestattet ist, hält der Ausschlußgegenstand die erkennbar zugehörenden Sachen (Ascheimer im Hofe, Gartengeräte im umzäunten Landstück; sogar Bäume im freien Walde, Erde und Gestein im freien Felde; der Pflug auf der Landstraße neben dem Felde; oft bildet hier das Grundstück den Ausschlußgegenstand). Abgeschlossenheit und Gegenstandsnähe (die geringe Entfernung des Menschen von der Sache muß ersichtlich sein) sind sich ergänzende Gegenstücke zur Verhinderung fremden Einwirkens.[11])

11) Sie machen den Besitz für jeden Fremden jederzeit kenntlich (daß die „Ermittlung" des Besitzes Zeit beansprucht, Wolff 17, Gierke 213, hat mit dem Besitz nichts, wohl aber etwas mit dem Denken des Betrachtenden zu tun), nicht aber den Besitzer (Lobe 242 N. II A a, Ols. 242 N. 33; Wolff 18, Gierke 212 f.), so ist ein Tuch in der Hand für den Fremden besessen, nicht immer jedoch ist der, der das Tuch hält, Besitzer; wohl aber muß der das Tuch Haltende um die Herrschaft eines anderen (den auch er nicht zu kennen braucht) wissen, wenn er das Tuch nicht besitzt; ebenso wenig wie den einzelnen Besitzer braucht der Fremde die Grenzen der einzelnen Herrschaftkreise zu kennen. Von der Kenntnis eines Besitzes ohne Kenntnis des Besitzers aus gewinnt der Erbenbesitz Bedeutung; wenn ein Fremder in ein verschlossenes Haus eindringt und Sachen entwendet, so ist es für ihn wie für den beobachtenden Dritten der Einbruch in eine fremde Herrschaft, auch dann, wenn der Alleinbesitzer zufällig im selben Augenblick als er einzudringen begann, gestorben ist. BGB. § 857 hindert für das bürgerliche Recht eine durch den Tod eintretende, nicht erkenntliche Änderung der Besitzlage; jedoch läßt sich diese Bestimmung ohne Härten nur auf den gewöhnlichen Besitzstand anwenden; wenn jemandem beim Ersteigen eines Berges ein Ring entgleitet, so ist der Ring verloren, auch wenn er gleich danach selbst abstürzt, aber auch wenn er mit dem Ringe zugleich abstürzt; Leichen selbst halten keinen Besitz; die bei Leichen befindlichen Sachen sind nur dann besessen, wenn sie auch sonst in einen Herrschaftskreis fallen, also in der Wohnung oder in Anwesenheit eines anderen den Besitz haltenden Menschen; auch die im Grabe bei einer Leiche befindlichen Sachen können durch das Grab gehalten werden (anderer Meinung Rotering G. S. 38/294, auch Gierke 36; jedoch haben die Erben, falls sie keinen unmittelbaren Besitz am Grabe haben — Familiengruft —, keinen mittelbaren Besitz mehr und können deshalb zugleich das Eigentum aufgegeben

b 2) Jedoch ist das Ziel des Besitzens nicht die Verhinderung fremden Einwirkens, sondern die Erhaltung der Sache für das Einwirken des Besitzers (Kant § 2, vgl. für

haben, vgl. § 959 BGB., dann sind die Sachen bei der Leiche besessen aber eigentumslos; so: Binding 1/187, Micelli 68, 71, Widmann 22, Dickel 25; a. M. Ols. 242 N. 37e, Hälschner 2/717, Harburger 205 N. 3, Frank 242 N. III 2g); ist das nicht der Fall, wie bei der Leiche auf der Straße, im freien Felde (selbst wenn das Feld in den Erbenbesitz fällt), so tritt Besitzverlust ein: der Tod scheidet die Anwesenheit aus und bedingt so Verlust für die allein durch die Anwesenheit beherrschten Sachen; diese Sachen können gefunden werden, dem Erben wird deshalb im bürgerlichen Recht nur die gleiche Besitzlage übertragen (Strohal 100), die jedoch wie jede Besitzlage zerstört werden kann (Wolff 34f., 39, Gierke 240f., der auch im Falle des Gesellschaftbesitzes eine Ausnahme machen will, 240 N. 56, aber auf die Unvererblichkeit des Rechts kommt es nicht an, z. B. beim Nießbrauch, Wolff 33 N. 1); daß dabei das Gesetz oft erst nach dem Erbfall (rückwirkend; BGB. §§ 1952, 1923 II) den Erben bestimmt, ist für den Besitzbestand unbeachtlich (der Besitz ist deshalb nicht fiktiv, Wolff 34, Gierke 241, a. M. Binding 1/245; die §§ 2025, 2027 BGB. geben keinen „tatsächlichen" im Gegensatz zum „rechtlichen" Besitz, a. M. Siebert 16; auch tritt für die „gemeine Lebensauffassung" keine Rückwirkung für den Besitz ein, vgl. Wolff a. a. O., Lobe Einfluß 30, Micelli 42; denn der Erbenbesitzer, der rückwirkend bestimmt wird, ist für den Fremden so gleichgültig wie jeder Besitzer; hat ein zunächst als Erbe geltender die Sachen bereits ergriffen, so ist die Besitzlage, die der Erblasser hinterließ, verändert, Wolff 34 N. 4, a. M. Gierke 241 N. 60; er ist auch nicht strafbar, vgl. bei der Frage der Rückwirkung für das Eigentum selbst im Falle des § 142 II BGB. Lobe Vorb. 242ff. N. II 3b, Gerland 475); der § 857 BGB. kann als ein Fall des § 856 II BGB. behandelt werden; diesen Fall müssen die ausschalten, die während des Bestandes einen dauernden Besitzwillen fordern (d. i. streng genommen eine psychologische Unmöglichkeit, denn jeder Wille erschöpft sich im Gewollten, und ein erreichter Zustand kann nicht mehr gewollt werden, vgl. Rehmke: Die Willensfreiheit und N. 14 d. A.; der Sprachgebrauch weicht hier weit ab und faßt unter Wollen verschiedenartige seelische Vorgänge zusammen; das ist der Begriffsklarheit schädlich und ruft auch auf dem Gebiete des Rechts dort, wo das Gesetz von Wollen handelt, starke Meinungverschiedenheiten hervor, weil jeder das Besondere, den Einzelfall, unter ein Allgemeines, den Begriff, subsumiert, das mit dem des anderen nicht identisch ist; der begriffliche Inhalt des abweichenden Sprachgebrauchs ist in der Arbeit berücksichtigt worden). Bürgerlich-rechtlich wird man Besitzernachfolge auch bei juristischen Personen zulassen, bei denen Gesamtnachfolge stattfindet (vgl. §§ 304ff., 332ff. HGB., § 80 GmbH. Ges., im besonderen die Fälle des öffentlichen Rechts — Eingemeindung, Wolff 35), doch nicht jede Gesamtnachfolge in

das Eigentumsrecht BGB. § 903 und Wolff 154; a. M. Ols. 242 N. 16). Es muß deshalb das Behalten der Sache beabsichtigt sein; wie jede rechtlich erhebliche Absicht muß

---

ein Vermögen schließt Besitznachfolge bürgerlich-rechtlich ein (so nicht: beim Testamentsvollstrecker, er kann sich indes in Besitz setzen, § 2205 BGB., und schließt dann die Erben aus, RGSt. 34/252; beim Konkursverwalter, Ols. 242 N. 15, Lobe 242 N. I 2, II 3c, G. 37/117; wie bei allen gerichtlich bestellten Verwaltern, Vormündern; auch bei Ehemännern und Nacherben, RG. im Recht 20/421; h. M. Biermann 857 N. 9, Planck-Brodmann 857 N. 4, a. M. Wolff 33, 35, 36 u. N. 12, Gierke 240 N. 56, 242 und N. 63, 64); da das Strafrecht den Besitz der juristischen Person ablehnt, ist vom Nachfolgebesitz nur der Erbenbesitz beachtlich, dabei müssen zunächst die Fälle fortgelassen werden, in denen eine Aufsicht erlischt, beim Gehilfen, im Fall des RGSr. 47/210, aber auch sonst lehnt die herrschende Meinung den Erbenbesitz (vom Erwerbe her betrachtend) in verschiedenen Graden ab (Allfeld 435 N. 30, Frank 242 N. IV 3, Lobe Einfluß 26, 30, Siebert 31, Micelli 42, Ols. 242 N. 17c, Gerland 447, Liszt 614 N. 9, Schwartz 242 N. 5d, RGSt. 58/228 f.) und nimmt bei Entwendung von Erbschaftssachen, die durch keinen Nichterben besessen werden und vom Erben nicht ergriffen sind (die Umkehr der Regelfälle nach Többen 20 f., 25), einen Verstoß gegen § 246 StGB. an (entgegen der Wortfassung, anders die des § 333 Entwurf; vor der Entwendung sind die Sachen nicht im Besitz des Täters); nach Binding 1/245, Harburger 199 „entsteht" der Besitz des Nachfolgers, wenn er sich als Erben weiß; Bender 12 N. 37 verlangt nicht einmal die Kenntnis vom Tode, wenn der Erbe mit dem Erblasser in Hausgemeinschaft lebte; die Grundsätze der Besitzübertragung lassen sich jedoch nicht anwenden, da der übertragende Besitzer fehlt; soweit wie in der Arbeit gehen Römpler 24, Strohal Sächs. Arch. 8/319; die, welche Identität vom bürgerlich-rechtlichen und strafrechtlichen Besitz annehmen, gehen dann weiter, wenn sie der herrschenden Meinung im Zivilrecht bezüglich des Erbenbesitzes folgen. (Zur Geschichte des Erbschaftdiebstahls vgl. Többen 5 ff).

Der ersichtliche Ausschluß, im besonderen der durch Ausschlußgegenstände gehaltene, gibt keinen Inbegriffbesitz, sondern nur einen Besitz an den eingeschlossenen Sachen, so läßt sich auch der Grundstücksbesitz im bürgerlichen Recht auffassen, und so kann man auch den Begriff im Strafrecht verwenden. Alle Ausschlußgegenstände erhalten dem Besitzer die Wahrnehmungwahrscheinlichkeit auch dann, wenn der Besitzer sich des besonderen Orts einer eingeschlossenen Sache nicht erinnert, wenn er die Sache verlegt (Frank 242 N. V, Hälschner 2/285 f., Lobe 242 N. I 2 zu 1, Ols. 242 N. 17b α, Micelli 61 f.; das Aufgeben des Nachforschens kann den Besitzbestand nicht ändern, Micelli 62 N. 2, a. M. Ols. a. a. O., Lobe 242 N. I 2); umgekehrt werden die versteckten Sachen nur bei Erinnerungwahrscheinlichkeit an den besonderen Ort und bei Erhaltung des Verstecks im Be-

sie kundgegeben worden sein; diese Kundgabe muß rechtlich anerkannt werden (die Anerkennung hat mit dem Recht zum Besitz nichts zu tun, dieses kann ohne jene gegeben sein, im besonderen trifft das den Fall des „fehlerhaften" Besitzes nach § 858 II BGB., der eine Rechtsfolge aus dem Bestand angibt; gerade durch die Scheidung zwischen dem Recht zum Besitz, gleichviel welcher Rangstufe, vgl. §§ 861 ff. BGB., und dem Besitz besteht die Möglichkeit eines gleichartigen Besitzesbegriffs im bürgerlichen und Strafrecht, vgl. Anm. 1 d. A.); die Anerkennung einer Absicht im Recht setzt das Verständnis für das Beabsichtigte voraus; wann das Verständnis für das Wesen des Besitzes gegeben ist, wird bei jedem Menschen gesondert geprüft.[12])

---

stande gelassen (Ols. 242 N. 17b γ Allfeld 444 N. 17, Lobe 242 N. I 2 zu 1, RGSt. 53/158, a. M. Harburger 343/367).

Für den Sachteil ist die Möglichkeit gesonderten, ungehinderten Einwirkens Voraussetzung; das Bestehenbleiben der scharfen Absonderung für den Sachteilbesitzbestand unumgänglich, ein Verwischen der Herrschaft unter den Beteiligten führt zur Aufhebung (möglicherweise zum Mitbesitz an der Einzelsache oder an einem größeren Sachteil).

12) Nach Wolff 18 gehört zum Besitzbestande kein (psychologisches) Wollen; die anderen bezeichnen erweiternd die Absicht, die Sache zu behalten, als Besitzwillen (Binding 1/286); beim Bestande wird die kundgegebene Absicht beachtet, ohne Rücksicht auf den, der die Äußerung getan hat (das können der gegenwärtige Besitzer, sein Gehilfe, ein Vorbesitzer, der Erblasser gewesen sein); die Kundgabe kann jedoch nur durch einen geistig reifen Menschen erfolgen, die Reife wird im bürgerlichen wie im Strafrecht nach dem üblichen (durch keine Gesetzesvorschrift eingeschränkten) Ermessen beurteilt (sog. „natürliches" Wollen, Merkel 3/644, Liszt 614 N. 10, Frank 242 N. IV, VI 3, Micelli 51, Lobe 242 N. I 4, 5a, Binding 1/243, 291, N. 4/129; wohl die Erwerbs- nicht aber die Aufgabeabsicht lassen bei Kindern usw. gelten: Harburger 205, Allfeld 443 u. N. 13, Widmann 19, vgl. auch Hälschner 2/289; Thomsen 375 leugnet nur die Möglichkeit der Besitzübertragung durch ein Kind; dagegen verlangt Gerland 446 strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, vgl. JGG. § 2; für das BGB. uneingeschränkt Wolff 30 f., 39, Gierke 232 und N. 18, auf den Erwerb beschränkt Bahl 26, 30, rechtsgeschäftlichen Willen verlangend Hellmann Krit. V. Schr. 51/401); auch zeitweilig kann die Absicht nicht gegeben sein wie beim Betrunkenen, der in die Wegnahme „einwilligt" (Wolff 45 N. 11). Diese Absicht wird häufig als das Beharrende beim Besitze (perpetuierendes Moment) bezeichnet (Allfeld 444, Bender 17, Többen 19, Harburger 202, Ernst Ewald 32, Hans Ewald 68, Huber 70, 74, Hälschner 2/285, Micelli 82; dagegen vom Willensstandpunkt aus Widmann 17 und von der Verneinung aus Goldschmidt: Grundlagen 93).

II.

Die Absicht, eine Sache zu behalten, muß als ausschließliche Sicherung der Wahrnehmungswahrscheinlichkeit bei Begründung des Besitzes Ausdruck erlangt haben. Der Bestand muß gewollt (erstrebt) worden sein, die Aufrechterhaltung des Bestandes muß beabsichtigt sein.

a) Wer ein Schmuckstück in die Hand nimmt, um es zu betrachten, erwirbt trotz gegebenen Einwirkens noch keinen Besitz; er muß zum Ausdruck bringen, daß er es behalten will; das geschieht, wenn er das Schmuckstück „ergreift" oder „an sich nimmt" (vgl. § 965 BGB.), etwa in die Tasche steckt.[13])

Ein unmittelbares Einwirken auf die Sache ist aber nicht erforderlich; wer eine Katze in seinen Käfig treibt und den Käfig abschließt, wer sieht, wie ein Buch in sein Zimmer gelegt wird und danach das Zimmer abriegelt, erwirbt Besitz. Darüber hinaus wird eine Einzelsache auch ohne weiteres Handeln erworben, wenn sie in eine bestehende Herrschaft fällt, die geeignet wäre, einen schon bestehenden Besitz zu erhalten; im Ausschlußgegenstande wird also nicht nur der Bestand der eingeschlossenen Sachen gewahrt, sondern es wird auch jede einschließbare Sache, die in den Gegenstand fällt, erworben; die Absicht hierzu ist schon bei Begründung der Herrschaft, beim Erwerbe des Ausschlußgegenstandes kundgegeben worden. Denn vom Ausschlußgegenstand soll fremdes Einwirken auf alle eingeschlossenen Sachen verhindert werden; gerade die Äußerung des Beabsichtigten beim Erwerbe des Ausschlußgegenstandes gibt ihm die Zweckbestimmheit; ein Grundstück, das von einem Fremden nicht betreten werden darf,

---

13) Das sagt die Apprehensionstheorie, der das Strafrecht folgt (Micelli 64 f., Lobe 242 N. I 5 b, Binding 1/292 f.; Frank 242 N. VI 1, Merkel 3/664, Ols. 242 N. 24 a, Harburger 206, RGSt. 52/75, 54/32, etwas abweichend Hälschner 2/304), aber auch das Zivilrecht (Wolff 17, 30, 262 u. N. 10, RGZ. 75/271 ff. 92/267; Ols. 242 N. 24 a behauptet einen Unterschied zum Zivilrecht unter Hinweis auf Merkel 3/643; der dort genannte Fall trifft aber für eine entgegengesetzte Entscheidung nicht zu); hiernach ist eine stärkere Sicherstellung der Herrschaft nicht erforderlich, selbst dann nicht, wenn der Täter beobachtet wurde (RGSt. 52/75, 53/144, a. M. Ols. 242 N. 25, Frank 242 N. VI 1); während bloßes Berühren nicht genügt; aus der Absicht, eine Sache zu behalten, läßt sich jedoch eine längere Dauer für den Besitzbestand nicht herleiten (Widmann 25, a. M. Micelli 49; Wolff 30 für den bürgerlich-rechtlichen Besitz im Gegensatz zum strafrechtlichen S. 21).

hält nur die ihm zugezählten Sachen, nicht den verlorenen Ring (vgl. BGB. §§ 867, 965, 984). Je stärker der Ausschluß ist, um so mehr tritt die Zweckbestimmheit zurück; dennoch sind aber nicht alle im Ausschlußgegenstand vorhandenen Sachen besessen, wie die erwärmte Luft im Zimmer; umgekehrt muß dort, wo der Ausschluß zurücktritt, die Zweckbestimmtheit um so auffälliger sein, wie beim Pfluge auf dem Felde. Wie weit die Zweckbestimmtheit ersichtlich ist, das wird nach zeitgenössischer Anschauung festgestellt (Ermessensfrage); eine Äußerung kann nur so gewertet werden, wie normaliter das Geäußerte zu verstehen ist, ein nicht kundgetaner (stiller) oder ein dem übrigen Handeln widersprechender Vorbehalt, ist rechtlich unbeachtlich; selbst verständliche Wünsche (etwa in bezug auf gestohlene Sachen) müssen, wenn die Merkmale eines Besitzerwerbes erkenntlich sind, außer Acht gelassen werden (vgl. RGSt. 50/46).

Dieser Erwerb ohne Handeln tritt als schwächste Form (Binding 1/288 nennt ihn subsidiär) nur dann ein, wenn nicht ein anderer Besitz durch eine vom Ausschluß nicht gehinderte Annäherung erhalten bleibt, so wenig wie eine derartige Annäherung den bestehenden Ausschluß aufhebt, so wenig wird hier durch den Eintritt in den Ausschlußgegenstand der bestehende Besitz aufgehoben (Ols. 242 N. 19 I b I); die Bekleidung des Gastes, sein einstweilen im Vorraum abgelegter Mantel, die Sachen der Hausangestellten werden vom Ausschluß nicht betroffen. Erst wenn die Annäherung nicht mehr möglich ist — das Hausmädchen wurde entlassen; der Gast hatte das Haus verlassen —, so tritt unmittelbar Besitzerwerb durch den Ausschlußgegenstand ein (vgl. BGB. §§ 978 ff., Binding 1/288; auch Sonderbesitz innerhalb des Ausschlußgegenstandes ist möglich, wenn der Herr selbst ausgeschlossen wird, d. i. bei Gas- und Wasserleitungen bis zur Meßuhr der Fall, vgl. RGSt. 45/249, 47/324; a. M. Rosenfeld ZStW. 37/159); aber auch nur dann, wenn die übrigen Merkmale des Besitzbestandes gegeben sind; die der Wahrnehmung entzogenen Sachen (im Gegenstande versteckten Sachen), ein Geldstück in der Dielenritze, wird nicht erworben. Kleine Ausschlußgegenstände können durch größere erfaßt werden (ein Schrank in der Wohnung); an einem von keinem größeren Ausschlußgegenstand umfaßten kann aber Besitz nur durch ge-

wolltes Handeln erworben werden; bei Sachen schon durch Erwerb der Ausschlußsache und hier zugleich mit den eingeschlossenen Sachen, selbst wenn dem unmittelbaren Einwirken ein Verschluß entgegensteht; andererseits wird durch Erwerb des Verschlußmittels die Ausschlußsache nicht in Besitz gebracht; bei Ausschluß-Gegenständen, die keine S a ch e n sind (Grundstück), durch Erwerb der eingeschlossenen Sachen (Errichten eines Zaunes, Bewirtschaften des Grundstücks, nicht schon durch Grasmähen).

Außer an schon bestehenden wird Besitz an durch Trennung oder Zerfall neu entstandenen Sachen ohne Handeln gewonnen; hier wird der Besitzer der alten Sache der der neuen, wenn die neue unter seine Herrschaft fällt.

Durch menschliches Einwirken kann an in einem Herrschaftkreis befindlichen Sachen wie gewöhnlich Sonderbesitz begründet werden (Harburger 206 f.; Binding 1/293 u. N. 1); aber ein Verbergen im Raum gibt noch keinen Sonderbesitz, wenn der Täter vom Einwirken ausgeschlossen wird (Binding 1/293 u. N. 2; Frank 242 N. VI 1).[14]

---

14) Zum Streite über das psychische Erfordernis beim Besitze hat die Unklarheit des psychologischen Willensbegriffes beigetragen (s. Rehmke Lehrb. d. allgem. Psychologie). Ohne psychologische Bestandteile halten den Besitz für gegeben (als Beispiele werden durchweg Erwerbungen von Sachen durch Ausschlußgegenstände genannt): Berner 524, Schütze 427, Schwarze, Komm. 5, Aufl. 1884 S. 668, Römpler 25, 35, 38, E. Merkel: Der Leichenraub 35, Temme 215 N. 5, Maschke 225, Seeliger 16, Ols. 242 N. 15, Goldschmidt 112, 140; auch RGSt. 30/88, 50/46, 52/145, 53/340, 54/231, 55/220, 56/207 neigen dieser Auffassung zu: selbst Wolff S. 21 stellt für den strafrechtlichen Besitz im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen die Notwendigkeit eines Herrscherwillens in Abrede. BGB. § 854 I enthält verbo kein psychisches Moment; deshalb verneinen hier das Willensmerkmal Strohal 66, Becker 29 ff., Buhl 26 und im Gegensatz zum Strafrecht Lobe Einfluß 18, Gleispach 7; dagegen nimmt die h. M. im BGB. Besitzwillen an: Gierke Fahrnisbesitz 4 u. Anm. 4, Kappler 63 ff., 67, Wolff 30, RGZ. 106/135, in JW. 25/784, OLG. 41/158, und zwar den sog. „generellen Besitzwillen". Diesen fordern im Strafrecht: Hans Ewald 19 f., Micelli 48 ff., Gleispach 8, Gerland 445, Liszt 613, Thomsen 372 ff., Hälschner 2/284 ff., Lobe 242 N. I 2 zu 1, Eckardt 24, Huber 68, 74, Oppenhoff 242 N. 16 ff., Kapff 60, Ernst Ewald 22, 28, Schels 25, Harburger 200, 205, Ehrenhard 20, Többen 18 f. (aber rechtsgeschäftlichen Willen verlangend), Bender 17 ff., Höpfner 13, Merkel 3/641, Dickel 30, Frank 242 N. IV, Binding 1/286 f., Rotering GS. 35/356, 364, Kraft DJZ. 28/973, Prüß 15 f., Siebert 60 f. und in LZ.

Auf welche Weise der Besitzerwerb erfolgt, ist gleichgültig; so kann eine unbesessene Sache, deren Inbesitznahme kein Verbot entgegensteht, wie das Absaugen von

---

28/1603 ff.; dagegen schließt Widmann 17, 21 den generellen Willen durch den speziellen aus.

Psychologisch ist Wollen immer Wirkenwollen d. h. auf Veränderung gerichtet; beim Erhalten eines Zustandes kann nur bei dem Angriff oder Zerstören des Zustandes eine Willensbildung beabsichtigt sein (genereller Besitzwille); die Erreichung des Zustandes kann jedoch gewollt eintreten (spezieller Besitzwille); und beim Ausschlußgegenstande wird die Aufrechterhaltung des Ausschlusses beabsichtigt; aber der Ausschluß ist nur Mittel zum Zweck; denn er soll dem Besitzer die Einwirkensmöglichkeit auf die eingeschlossenen Sachen sichern; Besitz ohne Besitzer ist nicht gegeben (Kant §§ 2, 5). Das übersehen die, welche Besitz ohne Wollen annehmen; für sie ergibt sich auch überall dort eine Konstruktionsschwierigkeit, wo es gerade auf das Wollen (Beabsichtigen) des Besitzers ankommt (etwa beim „natürlichen" Willen, bei der Besitzübertragung, Schels 25: sogar ein Erbenbesitz müßte nach ihnen, vom Erwerbe her betrachtet, möglich sein, da doch der Ausschluß durch die Rechtsordnung gewährleistet wird); dagegen spricht die Gebundenheit der eingeschlossenen Sache, die aus dem Geäußerten selbst entnommen wird, nicht gegen diese Theorie. Im Gegensatz zu diesen kann diese spezielle Willenstheorie keinen Erwerb durch Ausschlußgegenstände, helfende Tiere und Menschen (Gehilfen) erklären. Hier greifen die generellen Willenstheorien ein, diese kann man je nachdem, ob sie es auf das vom Besitzer Beabsichtigte im besonderen oder auf die Kundgabe des Beabsichtigten abstellen, in die subjektive und objektive zergliedern; die subjektive berücksichtigt die gesamte Einstellung des Besitzers (deshalb müßte sie jeweils den Besitzer feststellen); die objektive nur die Äußerung in bezug auf den einzelnen Besitzbestand. Dieser Gegensatz läuft auf die Frage nach dem verletzten Rechtsgute beim geschützten Besitz hinaus. Wer den Besitzer als den Verletzten ansieht (Beleidigung), der wird der subjektiven, wer dagegen darüber hinaus in der Verletzung eine Gefährdung des Rechtsfriedens sieht, der wird der objektiven Richtung zuneigen. Von der objektiven Richtung betrachtet ist ein Brief im Briefkasten mit dem Einwurf in den Besitz des Briefkastenbesitzers gelangt, auch wenn er unerwünscht ist (a. M. Wolff 30 für den bürgerlich-rechtlichen im Gegensatz zum strafrechtlichen Besitz), auch dann, wenn im Umschlag eine gestohlene Urkunde sich befindet (a. M. die meisten, vgl. für den Fall des Zusteckens einer gestohlenen Geldtasche Rotering GS. 35/368, für das eines Sprengstoffpakets GS. 35/370); selbst wenn das Unerwünschte dem Absender gegenüber geäußert worden ist (a. M. Bender 19 N. 9, Widmann 21, Micelli 50); der Fisch im Netz, das Wild in der Falle (Wolff 30, Binding 1/278, Ols. 242 N. 5c α), auch wenn die Schlinge vom Wilderer gelegt ist (Rotering GS. 35/365; a. M. Micelli 55); Pflanzen, Heu, auch auf einem öffentlichen Wege neben der Wiese (ZStW. 45/226),

Luft, oder deren Inbesitznahme verboten ist, wie die Aneignung von Wild, aber auch eine bereits besessene Sache erworben werden, deren Inbesitznahme berechtigt (§§ 227, 229, 561 I, 859, 904 BGB., Beschlagnahme von Sachen nach StPO. § 127, Schüttung nach den durch Art. 89 EGBGB. aufrechterhaltenen Landesgesetzen) oder unberechtigt ist (§ 858 I BGB., der Diebesbesitz Ols. 242 N. 21, Allfeld 435, 443 N. 10, Frank 242 N. IV, Gerland 446, Harburger 196, Lobe 242 N. I, IV; auf das Recht zum Besitz kommt für den Besitz nichts an); in jedem Falle wird einseitig der Besitzbestand begründet.

b) Erfolgt der Erwerb einer bereits besessenen Sache mit Zustimmung des Vorbesitzers, so spricht man vom abgeleiteten Besitz. In dem bloßen Dulden der Entziehung liegt noch keine Zustimmung (Lobe 242 N. I 5 c), die Zustimmung muß wie alles rechtlich erheblich Beabsichtigte geäußert worden sein; die schwächste Form der Äußerung ist die Einwilligung (vgl. Ols. 242 N. 22 a); stärker ist die Besitzverschaffung, durch Übergabe oder Übertragung der Sache. Während aber bei Einwilligung und Übergabe der Besitz erst durch die Ergreifung erworben wird, so tritt bei der Besitzübertragung der Erwerb schon mit Abgabe der Erklärungen ein. Die Übertragung ist jedoch nur dann rechtserheblich, wenn der Erwerber ohne weiteres Zutun des Vorbesitzers auf die Sache einwirken kann. Überträgt der Vorbesitzer einen im Wirtshaus hängenden Mantel, in dem sich auch der Erwerber befindet, so kann der Besitz übergehen; hängt dagegen derselbe Mantel im verschlossenen Wohnraum des Vorbesitzers, so ist dies nicht der Fall. Gehört zum Einwirken ein Hilfsmittel (Schlüssel), so muß das Hilfsmittel bei der Übertragung übergeben worden sein; wenn auch nicht die bloße Übergabe des Schlüssels den Besitz zu übertragen vermag (Lobe 242 N. I 2 zu 2, Gierke

---

nicht aber der Ball, das Wild, auch das erschossene oder vergiftete Tier (Micelli 56 N. 2, Ols. 242 5 c β, Lobe Vorb. 242 ff. N. II 3 b α) werden vom Grundstück gehalten; ähnlich steht es mit den einem Schlafenden zugesteckten Sachen (bejahend für das Str. Wolff 30 unter Verneinung für das BGB.; für das BGB. bejahend Gierke 229/N. 9). Die Möglichkeit einer andersartigen Entscheidung im Ziv. R. und StR. ergibt sich hier allein dann, wenn ein verschiedenartiger Rechtsgutschutz (Rechtsfrieden — Besitzerfrieden) anzunehmen ist.

233). Das Hemmnis kann auch schon in der Erklärung selbst liegen (etwa wenn sie zweideutig ist). Durch die Erklärung wird der Erwerber in dieselbe Besitzlage eingewiesen (Gierke 231); für den Fremden braucht der Besitzeraustausch nicht ersichtlich zu sein. Es kommt lediglich auf das Erklärte der beiden Beteiligten an. Die Übertragung kann aber nur durch den erfolgen, der z. Zt. der Erklärungabgabe Besitzer der Sache war; ein Scheinbesitzer (die Sache war schon verloren; ein Fremder gibt vor, Besitzer zu sein) vermag keinen Besitzbestand abzugeben. (RGZ. 105/414).[15]

III.

Der Besitzbestand endet sobald wie eines seiner Merkmale entfällt. Mag dies nun unbeabsichtigt ohne menschliches, durch eigenes oder fremdes Einwirken auf die Sache oder den Menschen, oder beabsichtigt durch eigenes oder fremdes Einwirken auf die Sache oder den Menschen eintreten mit der Folge eines neuen oder gar keines Besitzbestandes.

a 1) Ohne menschliches Einwirken gehen besessene Sachen verloren — im Sinne von besitzverloren — entweder durch eigene Beschaffenheit (Verflüchten, Zersetzung, Atomzertrümmerung) oder durch Einwirken anderer Sachen (Überschwemmung, Blitzschlag, verschleppende Tiere). Eigenes Verhalten bringt Besitzverlust mit sich, wenn der Besitzer unbeabsichtigt auf die Sache einwirkt (mit einem

15) Wolff 21 leugnet, daß im Strafrecht Besitz übertragen werden kann, da es am Willen fehlt. Von der Willenstheorie aus bereitet die Übertragung keine Konstruktionschwierigkeiten; es genügt „natürlicher“ Wille; im BGB. § 854 II wird von der h. M. „rechtsgeschäftlicher“ Wille gefordert (Wolff 31 ff., 38, Gierke 234 f. u. N. 68, aber streitig, vgl. die bei Wolff 38 Anmerkung 7 Genannten). Durch diese Besonderung ergibt sich eine grundsätzliche Verschiedenheit zum Strafrecht: die Besitzübertragung im Strafrecht ist unbedingt und unanfechtbar; das trifft für die rechtsgeschäftliche Willenserklärung im BGB. nicht zu; trotzdessen gibt es anscheinend nur bei der Übertragung von Grundstückbesitz (erklärbar zugleich mit der Auflassung) diesen Gegensatz, weil in den anderen Fällen der Besitzübertragung von den meisten keine Einigung i. S. des § 854 II BGB. verlangt wird, vgl. Wolff 33; das führt zu Unklarheit des Begriffs „Besitzübertragung“ und folglich zum Streit über die Einzelfälle.

Taschentuch wirft er unbemerkt die Geldtasche aus dem Rock); auch wenn er eine durch seine Anwesenheitnähe gehaltene Sache sonst liegen läßt. In beiden Fällen wird der Eintritt des Verlustes aus der Umkehr des in § 856 II BGB. gegebenen Grundsatzes (vgl. Anm. 10 d. A.) ermittelt; solange die Zugehörigkeit noch erkenntlich ist, bleibt der Besitz erhalten (d. i. verschieden, je nachdem ob sich der Verlierende auf einsamer Landstraße oder im Menschengedränge befindet; vgl. auch für den Verlust einer Kiste vom Wagen G. 43/250, a. M. Ernst Ewald 38).

a 2) Häufiger tritt zugleich mit dem Verlust des einen Besitzerwerb eines anderen ein; einem Gast entgleitet unbemerkt ein Geldstück in fremder Wohnung oder er läßt seinen Stock stehen (Hälschner 2/286, Frank 242 N. V, Gerland 447, a. M. Ols. 242 N. 17 b β), doch tritt noch nicht notwendig mit dem Verlassen des Raumes, in dem sich die liegengelassene Sache befindet, Besitzverlust ein (a. M. Micelli 63), besonders nicht in offenen Verkaufsräumen, in Gastwirtschaften, in die der Verlierer jederzeit zurückkehren kann; in allen Fällen geht aber der Besitz ohne Dazwischentreten eines besitzlosen Zustandes über, wenn die liegengebliebene Sache erkenntlich durch den Ausschluß erfaßt wird (ob dies der Fall ist, ergibt sich aus den Umständen, der Art des einzelnen Gasthausbetriebes z. B.); denn für den Fremden ist es gleichgültig, ob der Besitz einem Gast oder dem Wirte zusteht, solange nicht die Besitzverlassenheit der Sache hervortritt (Micelli 60 u. N. 1, Hälschner 2/286, Ols. 242 N. 17 zu a und b, a. M. Binding 1/288, Dickel 34, Wolff 261 N. 2); Schwierigkeiten ergeben sich allenfalls bei der Abgrenzung zwischen dem Alt- und Neubesitz. Auch fremdes, unbeabsichtigtes Einwirken kann zum Besitzerwechsel führen (der Verkäufer schließt den Laden ab, in dem eine Handtasche liegengeblieben ist).

b 1) Beabsichtigt der Besitzer den Verlust, so redet man von Besitzaufgabe; diese Absicht muß unzweideutig kundgegeben sein (er läßt Gas entweichen, einen Vogel entfliegen, er wirft ein Stück Eisen fort); eine Erklärung, die der Handlungweise des Besitzers widerspricht, ist unbeachtlich. Wird die Besitzaufgabeabsicht verwirklicht, so sind die Erwägungen, die zur Aufgabe geführt haben, gleichgültig (in Flugnot aus dem Luftschiff auf freies Feld

abgeworfene Sachen, bei einem Brande in das Freie gejagte Tiere, die weit flüchten, Wolff 39 N. 3; doch werden diese Sachen nicht eigentumslos, BGB. § 959).

Entzieht ein Fremder den Besitz, so kann er dies durch Sachentziehung (Erdortveränderung) oder Besitzerentsetzung tun; wenn er Gas, eine Flüssigkeit, Tiere entweichen läßt, ein Haus anzündet, entfernt er die Sache aus dem Herrschaftkreis. Seltener ist die Besitzerentsetzung (dem Besitzer einer Insel wird von den Anliegern die Überfahrt verwehrt).

b 2) Auch in diesen Fällen tritt oft Besitzerwechsel ein; dabei braucht die Absicht des Vorbesitzers nicht auf den Erwerb gerichtet zu sein (der verfolgte Dieb läßt den gestohlenen Koffer auf dem Bahnsteig stehen, Ols. 242 N. 17 zu a u. b, Lobe 242 N. I 2 zu 2); wenn aber jemand einen Zigarettenstummel auf der Straße fortwirft, so erwirbt nicht der, der mit dem Fortwerfen den Besitzerwerb beabsichtigt, schon Besitz, sondern der, der den Besitz ergreift.

Veranlaßt ein Fremder den Besitzerwechsel, so muß er mit Wegnahme der Sache oder Besitzerentsetzung dieselbe für sich oder einen Dritten erwerben; beabsichtigt er nur den Erwerb ohne den Verlust, so muß er sich im Irrtum über den Besitz befinden; sonst muß er durch den Erwerb den früheren Bestand zerstören wollen (er steckt eine Sache ein, wirft sie auf den einem Dritten gehörenden Wagen, bezieht einen fremden Wohnwagen oder ein fremdes Haus). Mit dem Erwerb des einen verliert der andere den Besitz; daran wird dadurch nichts geändert, daß der Vorbesitzer vom Gesetz bisweilen noch nach Besitzverlust als Besitzer bezeichnet wird; nach § 854 I BGB. steht mit vollendeter Wegnahme dem Täter allein Besitz zu; dennoch wird in § 859 BGB. von dem früheren als dem „Besitzer" gesprochen; der § 859 BGB. gibt jedoch dem Vorbesitzer nur ein Recht (das ist aber kein Besitz, a. M. Siebert 16) zur neuen Inbesitznahme (dasselbe wurde im Strafrecht, in dem die mit § 854 I BGB. in Einklang stehende Apprehensionstheorie gilt, vgl. Anm. 13 d. A., schon vor dem Inkrafttreten des BGB. auf Grund des § 53 StGB. konstruiert); dagegen wird richtig bezeichnet der durch den Erwerb vollendete Besitzerwechsel in § 252 StGB. zum Ausdruck gebracht, in dem vorausgesetzt wird, daß der

Täter in der Absicht handele, „sich im B e s i t z e des gestohlenen Gutes zu halten".

3. Stück: **Die Besitzformen.**

Ist eine besitzmäßige Einwirkung (oder Einwirkensmöglichkeit) gegeben, so wird doch nicht immer der Einwirkende als Besitzer anerkannt, nämlich dann nicht, wenn die Einwirkung vom Besitzer erlaubt worden ist oder wenn der Einwirkende für den Besitzer handelt.

I.

Jedoch bewahrt nur die Erlaubnis dem Besitzer den Bestand, die auf den Gebrauch (oder nur einen teilweisen Verbrauch) gerichtet ist; so wenn jemand sein Kursbuch einem Mitreisenden zur Einsicht überläßt (Wolff 17, 15 N. 7), selbst wenn er das Abteil zeitweilig verläßt. Das ist auch bei dem vom Wirte überlassenen Bierglase, dem Speisegeschirr (Binding 1/288 nimmt Mitbesitz an) der Fall; dagegen wird an Speise und Getränk dem Gaste Besitz übertragen. Eine jede Gebrauchserlaubnis soll dem Gebrauchenden einen Nutzen verschaffen, ohne ihm jedoch selbst Besitz zu geben.[16])

II.

Im Gegensatz zur Gebrauchserlaubnis dient die Besitzhilfe dem Besitzer zur Erhaltung oder zum Erwerb seines Besitzes.

a) Geleistet wird die Hilfe von einem Fremden für den Besitzer, die nicht einmal einander zu kennen brauchen,

---

16) Gibt diese Erlaubnis dem Gebrauchenden ein Recht zum Gebrauch ohne im übrigen der Norm nach den Besitz aufzuheben, so kann man von Rechtsbesitz sprechen (vgl. Wolff 65; früher sprach man auch in anderen Beziehungen von Rechtsbesitz); gleichviel, ob er durch Vereinbarung oder staatliches Gebot geschaffen wurde. In BGB. §§ 1029, 1090 finden sich diese Formen (nach Wolff 65, 68 ausschließlich, nach anderen geben auch die Bestimmungen der §§ 912, 917 BGB. Rechtsbesitz; diese Fälle zieht Wolff 68 u. N. 21 zum Grundstücksbesitz), darüber hinaus besteht er noch landesrechtlich (im Berg-, Jagd- und Fischereirecht). Die Aufteilung des Besitzes selbst in der Figur des Rechtsbesitzes vermag das Strafrecht, den üblichen Begriffen folgend, nicht zu beachten; vielmehr muß je nach der Sachlage entweder Alleinbesitz des Grundstücksbesitzers (ein vom Rechtsbesitzer selten benutzter Weg), oder Alleinbesitz des Rechtsbesitzers (alleiniges Ausbeuten einer Mergelgrube), oder Mitbesitz beider (etwa im Fall des § 1021 I 2 BGB.) angenommen werden.

von dessen Handeln u. U. der Besitzer nicht einmal Kenntnis erlangt (jemand zieht ein abtreibendes Boot an Land; er wirft einen aus dem Fenster flatternden Brief in die Wohnung zurück); selbst entgeltlich kann die Hilfe geschehen, so wenn sich jemand einen Gepäckträger nimmt und sich neben dem Gepäckträger hält.

b) Bittet jemand einen Fremden, ihm ein am Boden liegendes Geldstück aufzuheben (Wolff 262) und tut dies der Fremde, so wird, wenn das Geldstück unbesessen war, mit der fremden Hilfeleistung der Besitz begründet; ob der Fremde die Besitzlosigkeit des Stückes erkannt oder ob er getäuscht worden ist, begründet keinen Unterschied. Treibt jemand einen fremden Hund in die einem Dritten gehörende Hütte und schließt er ihn dort ein, so wird der Besitz des Dritten begründet; immer muß aber unmittelbar durch die Hilfehandlung fremder Besitz entstehen; eigener Erwerb in der Absicht, die Sache an einen Dritten weiterzugeben, gibt dem Dritten keinen Besitz.

III.

Besteht zwischen dem Besitzer und Helfendem ein Abhängigkeitsverhältnis, das den Helfenden an die Weisungen des Herrn bindet, so ist Besitzergehilfenschaft gegeben.

a) Wann die Gebundenheit des Gehilfen an den Herrn gegeben ist, das läßt sich nur im Einzelfall ermitteln (Ermessensfrage); die Gründe, aus denen der Gehilfe dem Herrn dient, lassen keinen Schluß auf dieses Verhältnis zu, er kann im Vertragsverhältnis (Arbeiter) oder im gesetzlichen (Kind) zum Besitzer stehen, ja, es braucht überhaupt kein Anspruch zu bestehen (ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter mit „natürlicher Wollensfähigkeit, vgl. Wolff 20, doch ist Handeln aus Gefälligkeit Besitzhilfe); auch die Dauer des Verhältnisses (Tagelöhner, Wolff 20) läßt keinen Schluß auf den Bestand der Gehilfenschaft zu. Das Abhängigkeitsverhältnis kann allein aus der kundgegebenen Absicht von Gehilfen und übergeordnetem („natürlicher Wille“ reicht aus) entnommen werden; der übergeordnete kann der Besitzer oder ein weiterer Gehilfe sein (ein Gutsangestellter beschäftigt einen Tagelöhner, steht aber selbst unter der Aufsicht des Besitzers); dabei braucht der Gehilfe nicht einmal den Besitzer zu kennen. Aus der kundgegebenen Absicht ist zugleich der Umfang des Gehilfenkreises

zu entnehmen; ein Hausmädchen wird alle für den Hausdienst vorhandenen Sachen als Gehilfin haben, dagegen wird sie nicht über die Geschäftsgegenstände desselben Herrn walten können, über die ein Geschäftsangestellter bestellt ist (vgl. Wolff 21); es läßt sich weiter daraus entnehmen, ob die Hilfe allein für den Bestand oder auch für den Erwerb oder auch für den Verlust des Besitzes bestellt ist.

Von dem Gehilfenkreis ist der eigene Besitzeskreis (Herrenkreis) des helfenden Menschen zu unterscheiden; auf diesen Kreis erstreckt sich die Gehilfenschaft überhaupt nicht; der Herr des Gehilfenkreises hat also keinen Besitz an den vom Arbeiter, Knecht, Gesellen, Lehrling eingebrachten Sachen.

Das Abhängigkeitsverhältnis umfaßt im Strafrecht zwei Glieder. Die Abhängigkeit auf seiten des Gehilfen und die Überwachung auf seiten des Herrn. Ohne Überwachung ist der Bestand der Gehilfenschaft im Gegensatz zum Besitzbestande selbst nicht denkbar; denn das Wesen des Besitzbestandes zielt auf ein Ruhen, das Wesen der Gehilfenschaft dagegen auf ein Verändern der besessenen Sachen durch den Gehilfen. Die einzige Möglichkeit für den Besitzer, die Sachen trotz fremden Einwirkens zu halten, besteht deshalb in dem Sichüberzeugen von der Erhaltung seines Bestandes, und das kann sowohl dadurch geschehen, daß er das Vorhandensein der Sachen nachprüft, wie dadurch, daß er den Gehilfen selbst in seiner Tätigkeit überwacht; im letzten Fall ist also ein unmittelbares Einwirken auf die Sachen überhaupt nicht erforderlich. Entfällt jedoch die Aufsicht, und das kann schon bei größerer Entfernung eines selbständigeren Gehilfen vom Herrn der Fall sein (RGSt. 60/271), so entfällt auch der Gehilfenbestand. Überwachung der Abhängigkeit und Abhängigkeitabsicht des Gehilfen sind sich entsprechende Gegenstücke (Bender 20, Hälschner 2/287 f., Micelli 44, Lobe 242 N. I 2, Ols. 242 N. 15, RGSt. 56/115, 52/143).[17]

---

17) Fehlt die Überwachung, so handelt man zivilrechtlich vom selbständigen Besitzdiener im Gegensatz zum unselbständigen (vgl. Wolff 21, RGZ. 106/6). Bei dem selbständigen Besitzdiener wird die Abhängigkeit allein auf die Absicht des Dieners gestellt; dem Besitzer, der jahrelang in China weilt, verbleiben die Sachen, welche ihm sein Pförtner in Deutschland hält; gerade beim Erbenbesitz tritt die Unabhängigkeit scharf hervor; es ist hier weder die

a 1) Es gibt Gehilfen, die der bloßen Erhaltung des Besitzbestandes dienen sollen, das sind die Wächter aller Art; aber auch die, denen Sachen zum Gebrauch übergeben

---

Kenntnis des Dieners um Erbfall und Erben, noch die des Erben um Diener und Erbfall erforderlich; die Abhängigkeitsabsicht des Dieners bleibt die gleiche, deshalb kann auch bei bleibender Absicht kein Erwerb durch ihn eintreten (wenn also die von ihm beherrschten Sachen mit dem Tode des Herrn nicht besitzlos werden sollen, so zwingt der § 855 BGB. zur Vorschrift des § 857 BGB.); die Behandlung der Organe einer juristischen Person unter dem gleichen Rechtsatz (die h. M. in Analogie, da sie den Begriff „Organ" gelöst vom Träger vermenschlicht) erfüllt denselben Bestand, das Organ weiß sich als für die juristische Person tätig, das ist dasselbe wie das Sichabhängigwissen bei dem selbständigen Besitzdiener. Schwierig ist die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen selbständigem Besitzdiener und Besitzmittler (vgl. Gierke 216 ff., Fahrnisbesitz 5, 7 N. 15; Wolff 23 ff., Becker Dogm. J. 34/43 ff., Wendt Arch. Ziv. Pr. 87/45 f., 64 ff.); der Anhalt, den § 868 durch das Merkmal „auf Zeit" gibt, ist keine begriffliche Trennung (vgl. für den Verwahrer § 695 BGB.), nur aus der gesamten Stellung läßt sich in Grenzfällen im Einzelfall ermitteln, ob Besitzdienerschaft oder Besitzmittlung vorliegt. Doch sind auch beim mittelbaren Besitz der Besitz, die Rechtsfolge aus dem Besitz und das Recht auf den Besitz zu unterscheiden (als fiktiv bezeichnet ihn Wendt Arch. Ziv. Pr. 87/51; dagegen Gierke Fahrnisbesitz 7 N. 15); der mittelbare Besitz besteht, wenn etwa das Rechtsgeschäft, das zur Besitzüberlassung führte, nichtig ist (Gierke a. a. O., a. M. Wendt a. a. O. 45; Mitteis im Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Cosack 1924, Bd. 2., Teil 1 S. 33 meint, der stets erforderliche obligatorische Herausgabeanspruch sei hier die Kondiktion, doch stellt einmal die Kondiktion kein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB. dar, zum anderen ist sie gerade um der Besitzüberlassung ohne rechtlichen Grund willen gegeben, condictio possessionis; mittelbarer Besitz besteht in einer Rechtsverbindung, geschaffen durch Besitzgeschäft, das gelöst vom Rechtsgeschäft zu betrachten ist). Während beim Besitzdiener die Aufsicht des Besitzers weder erforderlich noch hinderlich ist, so steht die Aufsichtausübung dem Besitzmittlungsverhältnis entgegen; denn es liegt im Wesen der Besitzmittlung, daß der unmittelbare Besitzer den Oberbesitzer „auf Zeit" ausschließt (der Oberbesitzer begeht verbotene Eigenmacht, wenn er die Sache dem unteren wegnimmt, § 858 BGB.); ist dieser Ausschluß gegeben, so fehlt jede Aufsichtmöglichkeit, und besteht eine Aufsicht, so liegt keine Besitzmittlung vor; es kann hier aber Mitbesitz entstehen (bei Sachen im Bankhaussafe, an denen Mieter und Bank Mitverschluß haben; Sächs. Arch. 13/275), ähnlich steht es mit dem Mieten eines Hotelzimmers (RGSt. in G. 68/276). Aus der Unmöglichkeit der Überwachung (a. M. RGSt. 47/250 f.) folgt zugleich die Notwendigkeit, den mittelbaren Besitzer strafrechtlich als Fremden zu behandeln (Frank 242 N. IV 1, vgl. auch Micelli 43, Ols. 242 N. 15, Lobe 242 N. I 2, Binding 1/245, 290; Allfeld 435

worden sind (Arbeitgeräte im Werkraum, Bender 14). Hier ist an die Beamten und Angestellten in abhängigen Stellungen zu erinnern; ein besonderes Interesse nimmt die Gehilfenschaft bei der Beförderung von Sachen in Anspruch; geht der Besitzer nebenher (Eseltransport), so liegt nur Besitzhilfe vor, befördert ein Angestellter des Besitzers die Waren auf vorschriftsmäßigem Wege, so ist er Gehilfe (das Abweichen vom gewöhnlichen Wege soll nach Ols. 242 N. 19 I d γ, Lobe 242 N. I 2 zu 2, RGSt. 52/143 schon Verlust der Gehilfenschaft bedeuten). Ist jedoch die Auswahl der Wege dem Kutscher überlassen, oder übernimmt er gar die Beförderung selbständig, so ist er Besitzer.[18])

a 2) Im Gegensatz zur Besitzhilfe kann der Gehilfe nicht nur bei Anwesenheit des übergeordneten oder durch einen Ausschlußgegenstand, sondern auch sonst Besitz für den Herrn erwerben (der Verkäufer im Verkaufsraum, Ols. 242 N. 19 II a, Lobe I 2 zu 2). Gerade in diesen Fällen wird jedoch oft die Unselbständigkeit des Gehilfen fraglich sein; die Köchin, die auf dem Markt einkauft, ist Gehilfin (Harburger 203, a. M. Binding 1/290). Der Kutscher, der Sachen von einem Dritten abholt, soll nach Ols. 242 N. 19 1 d Besitzer sein, nach G. 69/105 sogar dann, wenn ihm ein Begleiter der ausgelieferten Firma mitgegeben worden ist.

Mit der Handlung des Gehilfen tritt der Erwerb des Besitzes ein (vgl. Ols. 242 N. 24 a), gleichviel, ob der Be-

---

N. 30/32, Harburger 199, 201 N. 5, Ernst Ewald 53, Wolff 21); die Annahme eines strafrechtlich mittelbaren Besitzers würde einen rechtlich bedeutungslosen Begriff treffen; damit wird zugleich die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdbesitz gegenstandslos (Binding 1/287, Micelli 52, Lobe 242 N. I 2 zu 1, a. M. Widmann 24, der allen strafrechtlichen Besitz als Eigenbesitz bezeichnet); denn der Eigenbesitz ist immer die höchste Stufe innerhalb eines Besitzmittlungverhältnisses (vgl. Wolff 22).

18) Die h. M. scheidet zwischen Gehilfen und untergeordneten Mitbesitzern; die Scheidung wird nicht einheitlich getroffen, vgl. Binding 1/287, Frank 242 N. IV; andererseits Lobe 242 N. I 2 zu 2; die Bezeichnung „Besitzer" trifft jedoch für die Gehilfenschaft i. S. d. A. nicht zu; denn gerade über dem übergeordneten Besitzer ist der untergeordnete bedeutungslos (Hälschner 2/287, Bender 15 f. u. N. 41, S. 20 f. u. N. 14 f. Harburger 201).

Widmann 47 ff. lehnt untergeordneten Mitbesitz und Gehilfenschaft vom Standpunkt einer Willenstheorie aus ab, ebenso vom entgegengesetzten Rubo 242 N. 8.

sitzer im Einzelfall den Erwerb billigt oder nicht, ob er darum weiß oder nicht, ja sogar, wenn er den Erwerb verboten hat, sofern nur die Handlung des Gehilfen in den Gehilfenkreis fällt.

Fällt die Handlung aber in den Gehilfenkreis, so ist eine entgegenstehende Absicht des Gehilfen, nicht für den Herrn zu erwerben, bedeutungslos, wenn er nicht beim Erwerb zum Ausdruck bringt, daß er nur für sich erwerben will (der Verkäufer, der im Verkaufsraum für den Herrn Ware verkauft, erwirbt den Erlös für den Herrn; anders, wenn er ersichtlich für eigene Rechnung verkauft).

a 3) Wie beim Erwerbe, so kann der Gehilfe auch beim Verlust tätig werden (Lobe 242 N. I 2 zu 2, Harburger 203, a. M. Binding 1/290, Micelli 78; für den Besitzdiener: Wolff 41); der Verkäufer im Laden händigt eine Ware aus (Bender 14); selbst auf Übertragung kann die Handlung des Gehilfen gerichtet sein. Wie immer beim Besitzgeschäft, ist auch hier dieses von den zum Geschäft führenden Erwägungen unabhängig; der Gehilfe, der zu wenig Entgelt oder gar keines fordert, kann dennoch die Sache übergeben und übertragen (vgl. § 266 N. 2 StGB., Lobe 242 N. IV); eine Besitzübertragung in seinen eigenen Herrenkreis kann der Gehilfe ohne Zutun des Besitzers nicht vornehmen. Dieser Erwerb ist deshalb immer besitzwidrig.

b) Die Gehilfenschaft wird mit dem Zustandekommen des Aufsicht- und Abhängigkeitverhältnisses begründet; eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich; sie kann auch durch jede weitere Handlung abgeändert werden; immer ist aus dem Handeln das beiderseitig Beabsichtigte (auch dem Umfange nach, ob nur auf Besitzbestand oder auch auf Erwerb oder Verlust gerichtet) zu entnehmen. Mit der Begründung der Gehilfenschaft können zugleich Sachen erworben werden (Übernahme des Gehilfen); gewöhnlich wird indessen der Gehilfe in einen bestehenden Besitz eingewiesen werden.

c) Beendet wird die Gehilfenschaft durch Wegfall der Aufsicht oder Abhängigkeit. Mag dies nun durch den Tod, Geistesgestörtheit oder durch beabsichtigte Auflösung für den gesamten Gehilfenkreis (im letzten Fall auch für einen Teil) vom übergeordneten oder vom Gehilfen oder von beiden erfolgen; im Gegensatz zur Begründung genügt die einseitige Auflösung. Auf die Kenntnis vom Auflösungs-

grunde kommt es nicht an, da jeder von seinem Partner unabhängig ist; entzieht der Besitzer dem Gehilfen Sachen, so endet die Gehilfenschaft ebenso, wie wenn der Besitzer den Gehilfen entläßt. Stirbt der Besitzer, so entfällt die Aufsicht und damit die Gehilfenschaft; hier wird der Gehilfe selbständiger Besitzer der im Gehilfenkreis befindlichen Sachen (anders § 855 BGB.). Löst der Gehilfe den Verband, so kann dies durch Kündigung der Gehilfenschaft erfolgen; er kann aber auch in bezug auf einzelne Sachen den Gehilfenkreis in seinen Herrenkreis umwandeln; diese Umwandlung muß jedoch besonders stark hervortreten, wenn im übrigen die Gehilfenschaft bestehen bleibt (der Verkäufer steckt einen Geldschein in seine Brieftasche, obwohl er ihn in die Ladenkasse legen sollte). Weiterhin kann das Verhältnis auch durch den Tod des Gehilfen gelöst werden. Hier bleibt der Besitz dem Herrn erhalten, soweit nicht Sachen durch die Person des Gehilfen verloren werden (von ihm versteckte Sachen oder sonst durch seine Erinnerung oder Gegenwartnähe gehaltene Sachen).

IV.

Trotz Gebrauchserlaubnis, Besitzhilfe und Besitzergehilfenschaft haben nicht die Einwirkenden, sondern nur der Besitzer den Bestand; für jeden Einwirkenden ist es klar, daß er fremd ist.

a) Dagegen erkennt beim (gleichgeordneten) Mitbesitz das Gesetz jeden Mitbesitzenden als Besitzer an; jeder Beteiligte steht im gleichen Verhältnis zur Sache wie der andere, jeder besitzt die Sache ganz (RGSt. 47/314). Es gibt weder Bruchteilmitbesitz (Wolff 29), noch gewöhnlichen Mitbesitz, noch Gesamtmitbesitz (in den letzten beiden Fällen a. M. Gierke 222, Wolf 28 f.; Lobe 242 I 3; das trifft aber die Berechtigung zum Besitz). Nur in der Stellung der Besitzer zueinander tritt eine Verschiebung ein. Kein Besitzer darf nämlich den anderen von der Einwirkung ausschließen (vgl. BGB. § 866).

Dennoch ist die Beziehung der Mitbesitzer zueinander nicht von einem Rechtsverhältnis abhängig (Gierke 223 N. 56: Mitdiebe können Mitbesitz haben); die einzelnen Mitbesitzer brauchen nicht einmal voneinander zu wissen (vgl. Wolff 28); gewöhnlich wird aber auch hier das gleiche Recht den gleichen Besitz geben; hier ist im beson-

deren an die Formen der Gemeinschaft und Gesellschaft im BGB. und HGB. zu erinnern. Gemeinschaftliche Benützung eines Ausschlußgegenstandes gibt jedoch nicht immer Mitbesitz an den eingeschlossenen Gegenständen; so hat ein jeder von zwei Schlafburschen an den Sachen im gleichen Schrank nicht Mitbesitz, sondern nur Alleinbesitz an den eigenen (Wolff 18); andererseits gibt die gemeinschaftliche Beherrschung eines Ausschlußgegenstandes Mitbesitz an den eingeschlossenen Sachen, so wenn der Ausschlußgegenstand unter Mitverschluß steht. Dient der Ausschlußgegenstand einem gemeinschaftlichen Kreise, so ist Mitbesitz an den eingeschlossenen Sachen schon dann gegeben, wenn jeder der Besitzer den Gegenstand selbständig benützen kann (zwei Kassierer haben je einen Schlüssel zum Kassenschrank).

b) Mitbesitz kann durch Anwesenheitsnähe, einen Ausschlußgegenstand, einen gemeinschaftlichen Gehilfen gehalten, erworben und verloren werden; der Erwerb des Mitbesitzes kann im Zugleich, im Nacheinander, beabsichtigt oder unbeabsichtigt entstehen; der Besitzerwerb muß wie der Bestand für einen jeden besonders geprüft werden.

c) Ebenso kann der Verlust für einen jeden Mitbesitzer gesondert eintreten; hierbei sind zwei Fälle beachtlich; einmal, wenn dies durch die Handlung eines anderen Mitbesitzers erfolgt; diese Handlung ist wie jede andere von einem Fremden vorgenommene als Besitzentziehung zu werten; denn der Mitbesitz des einen hat mit dem Besitz des andern der Rechtsordnung nach nichts zu tun (Ols. 242 N. 19, Frank 242 N. IV, Gerland 446, Liszt 615, Binding 1/289, Merkel 3/639 N. 3); das andere Mal kann bei Wegfall eines Besitzers durch den Tod eine Änderung der Besitzlage eintreten (bei dem durch Anwesenheitnähe gehaltenen Besitz, z. B.); bleibt dagegen die Besitzlage erhalten (bei Mitverschluß oder auch sonst), so kann an Stelle des Toten ein anderer treten (der Erbe, ein Gehilfe). Da die Gleichheit der Mitbesitzer hervortreten muß, so geht der Mitbesitz viel leichter verloren als der Alleinbesitz.

V.

Die Abweichungen des Strafrechts vom bürgerlichen Recht liegen beim Besitzesbegriff hauptsächlich in den Besitzformen. überall dort, wo jenes den juristischen Begriff dem üblichen vorzieht, wird der Grundsatz des Strafrechts, sich

üblicher Begriffe zu bedienen, verletzt; der Neigung des bürgerlichen Rechts, sich juristischer Begriffe zu bedienen, tragen diejenigen Rechnung, die eine grundsätzliche Verschiedenheit der Begriffe in beiden Rechten hervorheben (Frank 242 N. IV, Lobe 242 N. I 2, Binding 1/243, Allfeld 435 N. 30, Ernst Ewald 28, Widmann 13, Micelli 38, Ols. 242 N. 15, Schels 24, Ertel 30, Bülow G. 45/321 ff., Seeliger 15, Oppenhoff 242 N. 16, Höpfner 8, Bender 8, Harburger 198, RGSt. 60/271, 58/115; vom BGB. aus Kappler 67 f., Wolff 21). Diese Abweichungen sind beim Besitze indessen nicht so stark (das betont Liszt 613 f. N. 9). Beide Begriffe treffen ein durch die Rechtsordnung geschütztes Gut (Lobe Einfluß 6; deshalb ist der strafrechtliche Besitz nicht „Gewahrsam" als Obhut, vgl. Höpfner 10); der Umfang des Geschützten wird jedoch verschieden bestimmt. Nebenstehende Gegenüberstellung soll das veranschaulichen.

Die Notwendigkeit im geltenden Strafrecht für den Besitz anders zu entscheiden wie im bürgerlichen Recht, ergibt sich nicht nur aus der grundsätzlichen Einstellung von StR. und ZivR. bezüglich der Begriffsbildung, sondern auch unmittelbar aus der Vorschrift des § 350 StGB.; eine Amtsunterschlagung wäre nicht möglich, wenn die in Gruppe c 2 Genannten nicht strafrechtlich Besitzer wären; denn dann hätte der Staat, die Gemeinde usw. Besitz; deshalb könnte nur im Wege der Gesetzesänderung eine Gleichheit beider Begriffe herbeigeführt werden (a. M. Identität behauptend Kapff 60, Redslob ZStW. 30/205 ff., Goldschmidt G 47/352 ff., Becker Dogm. J. 47/352 ff., Strohal Sächs. Arch. 8/319, Prüß 16, Hans Ewald 18 — der Möglichkeit nach —; Römpler 32, 43 — voraussagend; nach Widmann 14 könnte durch bloße „Assimilation" eine Gleichheit der Begriffe herbeigeführt werden; so wie hier Micelli 44, und zugleich die Änderung befürwortend: Bender 16 N. 45, Seeliger 36).

Im einzelnen folgt beim Besitzbestande aus der Auflösung der Relation zwischen empirischem und intelligiblem Besitz (vgl. Kant § 5) im Fall des selbständigen Besitzdieners und des Organs in eine bloße Abhängigkeitsabsicht und im Fall des Rechtsbesitzes in die Erteilung einer Berechtigung, die den empirischen Besitz zerstören kann, der Unterschied zwischen dem an die Erscheinung gebundenen

I. Nichtbesitzer

BGB.	a) Fremde	b) Inhaber		c) Besitzdiener	
		1. durch Gebrauchserlaubnis	2. als Helfer	1. unselbständige	2. selbständig, Organe
StGB.	a) Fremde	b) Inhaber		c) Besitzergehilfen	
		1. durch Gebrauchserlaubnis	2. als Helfer	1. stets unselbständig	2. vgl. unt. II

II. Besitzer

BGB.	c 2. vgl. unt. I	d) unmittelbare	e) mittelbare	
			1. erster	2. zweiter Stufe usw.
StGB.	c 2. selbständige Besitzdiener und Organe	d) dieselben soweit nicht durch c 2 ausgeschlossen	e) vgl. unt. III	

III. Nichtbesitzer

BGB. e) vgl. unt. II

StGB. e) mittelbare Besitzer

Strafrecht zu dem durch die Intellektualität freien Zivilrecht. Derselbe Unterschied tritt zusätzlich beim Erwerbe nach h. M. für den Erbenbesitz und beim Verluste für die Besitzübertragung (§ 854 II BGB.) hervor. Dagegen begründet auch bürgerlich-rechtlich keinen Besitz: der Zuschlag von Vollstreckungspfändern (beweglicher Sachen, der auch kein Eigentum verschafft, § 156 BGB., § 817 I ZPO., a. M. Harburger 200, Lobe 242 N. I 2, Siebert 33; des Grundstücks, der nur aufschiebend bedingtes Eigentum überträgt §§ 90, 93 ZVG.); selbst ein Beschluß nach § 825 ZPO. auf Zwangsüberweisung überträgt dem Gläubiger keinen bürgerlich-rechtlichen Besitz und deshalb kein Eigentum, die „Übergabe" wird durch den Beschluß nicht ersetzt (str.). Die §§ 424, 450, 647 HGB. geben am Gute keinen unmittelbaren Besitz; sie haben nur für den „Erwerb von Rechten an dem Gute" Bedeutung; nur wer von der Folge auf den Grund schließt (Wolff 11, Siebert 16), ein immer unzulässiger Schluß, muß hier Besitz annehmen (vgl. Frank 242 N. IV 4, Ols. 242 N. 15, Lobe 242 I 2).

Unterschiede im bürgerlichen und Strafrecht für den Begriff, der den Zustand „Besitz" umschreibt, sind vorhanden; aber um „grundsätzlich" verschiedene Begriffe handelt es sich nicht.

4. Stück: **Das Besitzmerkmal in den Einzeltatbeständen.**

I.

a) Das Besitzmerkmal in § 242 StGB. ist im Begriff „Wegnahme" enthalten; Wegnahme setzt Besitzbestand des einen voraus und verlangt den einseitigen Besitzerwerb eines anderen; der Täter selbst braucht den Besitz nicht zu erlangen, es genügt, wenn irgend ein anderer Besitzer wird (Wegnahme durch einen Gutgläubigen; Ols. 242 N. 24 b, Binding 1/278, Frank 242 N. VI 2, a. M. Lobe 242 N. I 5 a, Gerland 448 u. N. 2); es ist auch gleichgültig, ob der Täter die Sache ergreift, oder ob er sie (durch einen Hund) durch einen Menschen i. F. der mittelbaren Täterschaft (auch der Mittäterschaft) ergreifen läßt (RGSt. 53/180, Frank 242 VI 2). Bloße Besitzentziehung ist dagegen kein Diebstahl; wer jemandem einen Stock aus der Hand in das mitreißende Wasser schlägt (Lobe 242 N. I 5 a), begeht so wenig einen Diebstahl, wie der, welcher eine Sache verbrennt oder sonst zerstört, obwohl er Besitz entzieht; jedoch

braucht kein unmittelbarer Besitzerwechsel einzutreten (a. M. Hälschner 2/288, Binding 1/271); es kann vielmehr ein besitzloser Zustand dazwischentreten (Ols. 242 N. 21; aus dem Zuge geworfene Sachen gelangen durch das Hinauswerfen allein noch nicht in Besitz, KG. in G. 69/121, a. M. das von Ols. 242 N. 25 zitierte RG. in 6a D. 949/22; in diesen Fällen nimmt die h. M. mit der Besitzentziehung Versuch an, Frank 242 N. VI 1, a. M. Binding 1/271, da Diebstahl Aneignung durch Wegnahme, nicht aber Besitzentsetzung zwecks Aneignung sei).

Dasselbe Merkmal wie § 242 StGB. enthalten die Bestimmungen, die entweder auf ihn verweisen (etwa § 243 StGB.) oder ihn wiederholen (§ 249 StGB.) und so ein unmittelbares Anwenden verhindern; auch durch landesrechtliche Sonderbestimmungen kann die Anwendung des § 242 StGB. ausgeschlossen werden (EGStGB. § 2), reichsrechtlich schließt ihn auch § 370 N. 2 StGB., der denselben Wegnahmebegriff aufweist, aus (vgl. Binding 1/310, Frank 370 N. II); dagegen ist § 370 N. 6 überhaupt kein Besitzesdelikt (der Gehilfe behält die Sachen dem Herrn; a. M. Siebert 6).

Anders wird im § 246 StGB. nur der Besitzbestand und zwar der des Täters verlangt (dem folgt die h. M., die indes im Falle der Zueignung einer unbesessenen Sache die Vollendung der Zueignung hinter die Ergreifung verschiebt vgl. Hälschner 2/348, Frank 246 N. II 3, Ols. 246 N. 8, Liszt 639, Schwartz 246 N. 8, RGSt. 10/257, 42/420, 43/312; offen für berichtigende Auslegung treten Többen 25, Berner 15, Aufl. 554 ein, was wegen des § 2 StGB. nicht unzweifelhaft ist; anders die Fassung des Entwurfs § 333; wo Diebstahl und Unterschlagung zugleich Tatbestandsmerkmal werden, da entfällt der Besitz als Merkmal, etwa Entwurf §§ 334, 336 — StGB. §§ 248a, 370 N. 5).

Wenn im § 246 StGB. die Worte „Besitz" und „Gewahrsam" gehäuft sind, so zielt das nur auf einen einheitlichen strafrechtlichen Begriff (Lobe 246 N. 8b, Harburger 199 N. 2, Allfeld 434 N. 29, Frank 246 N. II 3, Binding 1/286); dieselbe Häufung in gleicher Bedeutung noch nach Erlaß des BGB. ist im Süßstoffgesetz vom 7. 7. 02 § 8 zu finden. Nach der Fassung des Gesetzes braucht sich der Vorsatz nicht auf den eigenen Besitz zu beziehen (Binding 1/279).

Wie im § 246 StGB. setzt der § 252 (Entwurf § 332) „Besitz" des Täters voraus (d. h. der Diebstahl muß vollendet sein. Frank 252 N. II 1, Binding 1/305); das trifft trotz fehlender Häufung den strafrechtlichen Begriff.

Einen neuen Fall regelt mit demselben Tatbestandsmerkmal des Besitzes Entwurf § 337.

Dagegen ist § 291 StGB. kein Besitzesdelikt, denn die dort genannten Sachen können besessen, aber auch unbesessen sein (Bender 1 f. N. 1).

Dem Diebstahle entgegengesetzt heißt „Ansichbringen" bei der Hehlerei (§ 259, auch § 370 N. 3 StGB.; §§ 350, 352, — Entwurf) abgeleitet Besitzerwerben (Ankaufen, zum Pfande Nehmen sind Fälle des Ansichbringens, Frank 259 N. IV 1, Binding 1/390 N. 2, RG in G 69/107). Auch das Absetzen und zum Absatze Mitwirken setzt abgeleiteten Besitzübergang voraus (Binding 1/391, Allfeld 495 N. 19, Gerland 541, Frank 242 N. VI 3, a. M. Ols. 259 N. 15, Liszt 702, RGSt. 40/199, 56/191 f.); daß auch die Grundstückssachen durch Hehlerei erlangt werden können, ergibt sich daraus, daß Sachen auch ohne Fortbewegung an sich gebracht werden können (Binding 1/387, Allfeld 499, Binding 1/390 läßt jedoch beim Grundstückserwerb den bloßen Rechtserwerb genügen). Daß der Besitzübergang allein zur Vollendung des Tatbestandes nicht ausreicht (Frank 259 N. IV, 1), ändert am Besitzmerkmal nichts; getroffen wird der strafrechtliche Besitz: Erwerb durch einen selbständigen Besitzdiener reicht zur Vollendung nicht aus (RGSt. 56/335, Binding 1/245, 390 f.).

b) Bei den nichtvermögensrechtlichen Delikten kommt das Besitzmerkmal ebenfalls in derselben Bedeutung wie im § 242 StGB. vor; so bedeutet die Wegnahme in § 274 N. 2 StGB. (Siebert 7) und in den §§ 103 a, 135 StGB. (Entwurf 114, 165 II fallen aus dem Rahmen eines Besitzesdelikts) Besitzentziehung durch Erdortveränderung der Sache (Binding 2/504; abweichend Frank 103 N. III, 135, der den gleichen Wegnahmebegriff wie in § 242 StGB. fordert).

Weiter enthalten Sprengst. Ges. §§ 1, 2, 7—9, 11 das Wort „Besitz" im selben Sinn (RGSt. 43/13 f., a. M. Binding 2/25, wissentliche Innehabung ohne „Willen" genüge); bestraft werden kann der Täter nur, wenn er um

den Besitzbestand weiß, das folgt aus dem inneren Tatbestand des Gesetzes. Auch Spionagegesetz §§ 1—4, 8 sind hier einzuordnen (a. M. Binding 2/488, der faktische „Herrschaft“ ohne „animus“ verlangt).

II.

StGB. §§ 292, 296, 296 a, 370 N. 4 (361, 362 Entwurf) weisen eine Besitzergreifunghandlung auf; dabei kann die Besitzergreifung vollendet, aber auch erst beabsichtigt sein; von hier aus kann man das Töten des Wildes ohne Absicht der Besitzergreifung als nicht unter die Strafbestimmung fallend ansehen (i. E. Nagler VDB. 8/455, 459, Allfeld 459 u. N. 7, Liszt 649, a. M. Frank 292 N. I 3, RGSt. 14/419; ob jede Verletzung des Hegungrechts auf Besitzergreifung zielen muß, ist zweifelhaft; vgl. Nagler 454, 440).

III.

a) Der Begriff „Gewahrsam“ in §§ 168, 367 N. 1 (Entwurf 183) wird dem Besitzesbegriff angeglichen (Frank 168 N. I, Siebert 4); wenn man dabei von Obhut spricht, so meint man kein Hütungverhältnis (vgl. Höpfner 10), sondern ein besitzähnliches; denn sonst müßte der Totengräber Gewahrsam haben (das wird jedoch verneint, E. Merkel, Leichenraub 38); nur daß die Leiche nach h. M. keine Sache ist. „Wegnahme“ bedeutet hier Entziehung fremden, nicht auch Begründung eigenen „Gewahrsams“ (Frank 168 N. I); die Rüge Benders (vgl. d. A. Anm. 7 a f.), daß die h. M. den jur. Pers. „Gewahrsam“ zuspreche, beruht anscheinend auf einer sprachlichen Ungenauigkeit (vgl. Crusen 45).

b) Anders wie im § 242 StGB. wird der Begriff „Wegnahme“ nach h. M. in § 289 StGB. gefaßt;[19]) die Anwendung des strafrechtlichen Begriffes würde die Bedeu-

19) Im gleichen Sinne fassen ihn: Frank 289 N. III, Rubo 289 N. 1 u. 5, Hälschner 2/338, Berner 591 f., Temme 271, Thomsen 427 u. N. 1, Merkel 3/836, Bender 38 N. 39; in einem weiteren, das Vermieterpfandrecht umfassend: Liszt 630 u. N. 3, Allfeld 457 N. 9 u. 10, Oppenhoff 289 N. 5 u. 10, Ehrenhard 44 ff., Maschke 227 ff., Micelli 15 ff.; nach diesen ist Wegnahme „dem Machtbereich eines anderen Entziehen“; was Machtbereich ist, wird nicht gesagt; aus dem Beispiel der Raummieter kann der Begriff dahin gedeutet werden, daß der Mächtige die

tung des § 289 herabmindern und zu ungleichen Ergebnissen führen (Binding 1/318 f.); die in § 289 StGB. Ge-

Entfernung der Sache aus dem Raum (vom Grundstück, aus den Wirtsräumen, vom Schiff) kraft einer Herrschaft über den Raum ohne obrigkeitliche Unterstützung verhindern und u. U. die Sache eigenmächtig in unmittelbaren Besitz nehmen können muß (über die Rangstufe dieses Rechts zum Besitz vgl. § 863 BGB.); dieselbe durch das Gesetz gewährte Machtstellung wie bei der als Grenzfall genannten Raummiete (§§ 561 I, 580 BGB.) besteht in den Fällen des BGB. §§ 581 II, 585, 701 (vgl. HGB. § 674); noch stärker ist die Machtstellung gegenüber dem selbständigen Besitzdiener (möglicherweise auch gegenüber dem Organ), denn hier hat der Mächtige bereits den unmittelbaren Besitz (vgl. §§ 859, 863 BGB.); dagegen besteht die Macht nicht bei den anderen gesetzlichen Pfandrechten nach „Auslieferung" der Sache (HGB. §§ 440 III, 623 II Halbs. 2, 725 i. V. m. 696), da in diesen Fällen das Recht gerichtlich geltend gemacht werden muß (es fehlt jede Herrschaft über den Raum, in dem sich die Sache befindet); umgekehrt fallen die übrigen Rechte der Rangstufe des § 863 BGB. (die nur zum Teil als Ausfluß einer Raumherrschaft gefaßt werden können, vgl. die „Schüttung" nach Landesrecht, Art. 89 EGBGB.) nicht unter § 289 StGB., weil die übrigen Tatbestandsmerkmale fehlen. Noch weiter, auch den Fall des vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts — dessen Möglichkeit unterstellt — einbeziehend, fassen den Begriff „Wegnahme": Gerland 471 u. N. 2, Harburger 324 f., RGSt. 35/150, 37/118 ff.; bei diesen fehlt gegenüber der zweiten Gruppe das Sperrrecht (§ 561 I BGB.), das vertraglich nicht bestellt werden kann (RGSt. 37/118, a. M. RGSt. 35/150), und also eine sich auf die im Raum befindliche Sache erstreckende Machtstellung über den Raum; deshalb müßten die oben genannten gesetzlichen Pfandgläubiger auch nach „Auslieferung" der Sache den Schutz des § 289 StGB. genießen; wenn die Vertreter dieser Gruppe den Wegnahmebegriff nicht völlig von der Beziehung zu den Sachen lösen wollen, so müßten sie den bürgerlich-rechtlichen Besitz schlechthin als Grenze angeben (also unter Einbeziehung der Rechte zweiter Rangstufe zum Besitz); an den übrigen Tatbestandsmerkmalen wird hierdurch nichts geändert.

Unter § 289 StGB. fällt nicht der ein Zubehörstück veräußernde Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks (RGSt. 25/115), weil ihm die Veräußerung vor der Grundstückbeschlagnahme gestattet ist (§ 1121 I BGB. — der Hypothekengläubiger ist bürgerlich-rechtlich kein Grundstückbesitzer), nach der Beschlagnahme ist § 137 StGB. anzuwenden.

Innerhalb der zweiten und dritten Gruppe wird die weitere Frage streitig, ob Zerstören, Beschädigen der Sache Wegnahme ist, m. a. W. ob wie im Fall des § 242 StGB. zur Wegnahme einseitiger Besitzerwerb eines anderen erforderlich ist (bejahend Liszt 630, Allfeld 457 N. 9, verneinend Ols. 289 N. 7, Entwurf § 354 I, wohl jeder der dritten Gruppe dürfte die Frage verneinen).

nannten sind auch dann geschützt, wenn der Besitz ihrem selbständigen Besitzdiener oder gar ihrem Besitzmittler (vgl. Micelli 17) oder gar ihren Organen zusteht (die jur. Pers. genießt den Schutz, Bender 38 u. N. 39); ob dies auch und ob es stets dann gilt, wenn der selbständige Besitzdiener (Organ) oder ein Besitzmittler der Eigentümer selbst ist, hängt von der Abgrenzung des Begriffs „Wegnahme" ab (vgl. Anm. 19 d. A., beim Vermieterpfandrecht ist der Mieter unmittelbarer Fremd- und zweitgestuft mittelbarer Eigenbesitzer, der Vermieter erstgestuft mittelbarer Fremdbesitzer, Wolff 24 f.); nicht unter § 289 StGB. fällt die Wegnahme einer Sache durch den Fremdbesitzer zu eigenen Gunsten, wenn der Besitz der Sache vermittelt wird, oder die des Eigenbesitzers, der nicht Eigentümer ist (Dieb); das hängt indes mit dem übrigen Tatbestande, nicht mit dem Begriff der Wegnahme zusammen; nach geltendem Recht wäre es möglich, das Delikt durch bürgerlich-rechtliche Besitzesbegriffe klarzustellen; der Entwurf 354 I und III stellt es auf „Rechtsvereitelung" ab; klärt aber weder den Begriff der Wegnahme auf, noch umfaßt er alle Fälle der „Rechtsvereitelung".

c) Der Besitz in den §§ 133, 348 II, 353 a I, 354, 355 (Entwurf 160, 132 II, 141, 142) ist strafrechtlich nicht zu erfassen; wohl aber bürgerlich-rechtlich (a. M. Seeliger 13 ff., der ihn als strafrechtlichen Besitz entwickelt, vgl. aber auch S. 96); denn Täter kann auch der Beamte sein, der die Sache aufbewahrt (Frank 133 N. III, RGSt. 19/319); es wird also nur der unmittelbar staatliche Besitz (d. i. der einer jur. Pers.), möglicherweise sogar der mittelbare i. F. der Übergabe an einen Dritten geschützt (auch in § 137 StGB., Entwurf § 161, kann man eine Verletzung des unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Besitzes sehen).

d) Bürgerlich-rechtlich wird auch der „Besitz" in § 41 II StGB. (Entwurf § 53) verwendet, und zwar auch i. S. des mittelbaren (Frank 41 N. III 1 b). Dasselbe gilt für den Wohnung- und Hausbesitzer im § 369 N. 1 StGB. (§ 410 Entwurf; vgl. Frank 369 N. I 1, 2).

e) Für §§ 123, 368 N. 8 BGB. (Entwurf § 277) ist nicht der Angriff auf den Besitz entscheidend; denn die Sachen werden nicht gefährdet. Es entfällt damit das eine Glied des Besitzens (Frank 123 N. I und Bender S. 16

N. 45 sehen den Besitzer — an den dem Hausrecht unterliegenden Sachen — als Verletzten an; Allfeld 402 N. 2, Liszt 581 nehmen ein eigenartiges Rechtsgut an; Binding 2/119 sieht den Willen als verletzt an; vgl. für die Beziehung des Willens zum Besitz Kant § 1).

Lebenslauf.

Als Sohn des Buchhalters Wilhelm **Wieczorek** und seiner Ehefrau Martha, geb. **Krüger**, wurde ich, **Bernhard Karl**, am 4. Februar 1907 in Bremen geboren und alsbald Mitglied der evangelischen Kirche. Nach vierjähriger Volksschulbildung in Berlin und Werder a. H. und neunjährigem Besuch des Realgymnasiums in Potsdam legte ich an der Schule die Reifeprüfung ab, studierte dann in Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand dort am 1. August 1929 die erste juristische Staatsprüfung und am 20. Dezember 1929 das Rigorosum. Seit dem 14. August 1929 befinde ich mich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst.

Bernhard Wieczorek.